Der Kapitalerhöhungsbeschluß bei der G. m. b. H.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftl. Fakultät,
Rechtswissenschaftliche Abteilung, der Universität Tübingen.

Vorgelegt von

Werner Kersten

Kammergerichtsreferendar.

Berlin 1931.

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, KG., Ohlau i. Schl.

Berichterstatter: Professor Dr. iur. A. Schmidt.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Bruder
Rechtsanwalt Dr. iur. Wilhelm Kersten!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550003_0022

Inhalt.

Seite

Einleitung: . . . . . 1— 7
§ 1: Die wirtschaftliche Bedeutung der Stammkapitalserhöhung. . . 1— 3
§ 2: Die rechtliche Natur der Stammkapitalserhöhung und die Erhöhung der Stammkapitalsziffer. . . . . 3— 7
1. Abschnitt: Die Schaffung neuer Mitgliedschaften als Satzungsänderung. . . . . 7—27
§ 3: Feststellung der Uebernehmer und der Beträge der Stammeinlagen. 7—12
§ 4: Die Zulassung der Uebernehmer von Stammeinlagen. . . . 12—19
§ 5: Mangelhafte Feststellungen über Einleger und Einlagebetrag und Zulassungsmängel im Erhöhungsbeschluß. . . . . 19—27
2. Abschnitt: Die gesellschaftlichen Rechte der Mitglieder. . . 27—50
§ 6: Allgemeines über Sonderrechte und das Recht auf gleichmäßige Behandlung. . . . . 27—40
§ 7: Das Recht auf Geschäftsführung. . . . . 40—41
§ 8: Das Bezugsrecht. . . . . 41—44
§ 9: Erschwerung der freien Abtretbarkeit und Erleichterung der Teilbarkeit von Geschäftsanteilen. . . . . 44—48
§ 10: Bezugszwang. . . . . 48—50
3. Abschnitt: Sacheinlagen und Uebernahmen im Erhöhungsbeschluß. 51—74
§ 11: Die unvollkommene Festsetzung. . . . . 51—55
§ 12: Die Festsetzung über nicht einlagefähige Gegenstände. . . . 55—74
a) Die Einlagefähigkeit in ihrer Bedeutung für die Gültigkeit des Erhöhungsbeschlusses. . . . . 55—56
b) Arbeitsleistungen als Sacheinlagen. . . . . 56—59
c) Forderungen als Sacheinlagen. . . . . 59—71
1. Im allgemeinen. . . . . 59—64
2. Einlegung gesellschaftsrechtlicher Forderungen alter Gesellschafter an die GmbH. . . . . 64—71
α) Dividendenforderungen und Forderungen aus Auflösung von Reservefonds . . . . . 64—69
β) Forderungen auf Rückzahlung von Nachschüssen. . . 69—71
d) Einlegung von eigenen Geschäftsanteilen der GmbH. . . 71—74
4. Abschnitt: Die gesellschaftsrechtlichen Leistungspflichten außer der Stammeinlageverpflichtung. . . . . 74—82
§ 13. Allgemeines über Nachschuß- und Sonderleistungspflichten. . 74—78
§ 14: Nachschuß- und Sonderleistungspflichten im Erhöhungsbeschluß. 78—82
5. Abschnitt: Anfechtung der Stimmabgaben bei Beschlußfassung über die Erhöhung und Anfechtung des Beschlusses durch Anfechtungsklage. 82—88

Abkürzungen und Literatur.

Bank-Archiv,
Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.

Behrend, J. Fr. Behrend. Lehrbuch des Handelsrechts. 1896.

Bernicken, Dr. Bernicken, Rechtsanwalt. Bezugsrecht, Gratisaktie und Kapitalertragsteuer im Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen. 20. Jahrgang.

Brodmann, Dr. iur. Erich Brodmann. „Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung" im Gewerbe und Industriekommentar. (G.I.K.) 1930.
Dr. iur. Erich Brodmann. „G. m. b. H. und § 181 BGB." in der Juristischen Wochenschrift von 1925, S. 596.

B.G.B., Bürgerliches Gesetzbuch.

Crüger-Crecelius, Dr. Hans Crüger und Dr. Adolf Crecelius. Das Reichsgesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Cosack, Dr. Cosack, Professor. Lehrbuch des Handelsrechts. 1930.

D.J.Z., Deutsche Juristenzeitung, Verlag von Otto Liebmann.

E.G.H.G.B., Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897.

Enneccerus Allgem. T., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Enneccerus, Kipp, Wolff, 1. Bd., 1. Abt., Einleitung. Allgemeiner Teil. 1928.

Enneccerus Schuldv., s. o. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. 1930. Bearbeitet von Heinrich Lehmann.

Feine, Hans Erich Feine, o. ö. Professor. „Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung" im Handbuch des gesamten Handelsrechts von Viktor Ehrenberg. 1929. Dritter Band, III. Abt.

Fischer, Rudolf Fischer im dritten Band, Abt. 1 des Handbuchs des gesamten Handelsrechts von Dr. Viktor Ehrenberg, 1916.
Flechtheim, „Zur Stimmenthaltung des Vertragsgegners bei Gesellschaftsbeschlüssen" in der Juristischen Wochenschrift von 1925, S. 564 ff.

Gen.Ges., Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889, i. d. Fassung vom 20. Mai 1898.

Gierke, Julius von Gierke. „Gesellschaft mit beschränkter Haftung" im Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, II. Bd., S. 847 ff. Herausgegeben von Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster.

Gierke, Handelsrecht, Dr. Gierke, Julius von, Professor. Handels- und Schiffahrtsrecht. 1929.

G. m. b. H., Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Goldmann, Samuel Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 1905.

Güldenstein, Dr. iur. Fritz Güldenstein. Das Aktienbezugsrecht. München 1914.

Hachenburg, Hachenburg, Kommentar zum Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (früher Staub-Hachenburg) 1926. Erster und zweiter Band.

Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, herausgegeben von Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster. Bd. 2.

H.G.B., Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897.

Holdheims Mschr. Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, begründet von Justizrat Dr. Paul Holdheim, Frankfurt a. M.

Horrwitz, Hugo Horrwitz. Das Recht der Generalversammlungen der Aktien-Gesellschaften und Kommandit-Gesellschaften auf Aktien. 1913.

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Herausgegeben von Regelsberger und Ehrenberg.

J.W., Juristische Wochenschrift.

K.G., Kammergericht.

K.G.J., Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen. Herausgegeben von Johow und Viktor Ring.

Lehmann, I, II, Karl Lehmann. Das Recht der Aktiengesellschaften. 1. und 2. Bd. 1898 und 1904.

Lehmann, Karl Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 1912.

L.Z., Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.

Liebmann-Saenger, Dr. J. Liebmann und Dr. A. Saenger.

Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 1927.

Merzbacher-Krakenberger, Merzbacher-Krakenberger, Reichsgesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 1928.

Moos, Dr. Felix Moos, Rechtsanwalt. „Inwieweit ist die Erklärung, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung beizutreten, anfechtbar", in der Juristischen Wochenschrift von 1924, S. 506 ff.

Moses, Dr. Siegfried Moses, „Ueber unwirksamen Beitritt zu einer G. m. b. H." in Jherings Jahrbüchern, Bd. 53, S. 395 ff.

Müller-Erzbach, Dr. Müller-Erzbach, Rudolf, Professor. Deutsches Handelsrecht. 1928. 2. und 3. Aufl.

Neukamp, Dr. Neukamp, „Die Geschäftsanteile der Gesellschaft mit beschränkter Haftung" in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von L. Goldschmidt 1906, Bd. 57.

O.L.G., Oberlandesgericht.

O.L.G. Rspr., Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

Recht, Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Dr. iur. Hs. Th. Soergel.

R.F.G., Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

R.G., Reichsgericht.

R.G.St., Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

R.G.Z., Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

R.J.A., Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamt.

Ruth, Prof. Dr. Ruth, Eintritt und Austritt von Mitgliedern. Eine Studie zum Körperschaftsrecht. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Begründet von L. Goldschmidt. Bd. 88, S. 454 ff.

Scholz, Dr. Franz Scholz. Kommentar zum G.m.b.H.-Gesetz in seiner neuesten Fassung. 1928.

Simon, Simon. Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien. 1898.

Smoschewar, Justizrat Smoschewar. Der zivilrechtliche In-

halt der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. 48. In der Juristischen Wochenschrift von 1915.

Staub-Pinner, Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. und 13. Aufl. 1926.

Triepel, Prof. Triepel, „Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien", ein Rechtsgutachten.

v. Tuhr, von Tuhr, der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Allgemeine Lehren und Personenrecht. 1910.

Warneyer-Koppe, Warneyer-Koppe. Das Reichsgesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 1929.

Warneyer Rspr., Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Dr. Otto Warneyer.

Z.Bl.f.f.G., Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat; von Dr. Adolf Lole herausgegeben.

Z.H.R., Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, begründet von L. Goldschmidt (Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht).

Die ohne Angabe eines Gesetzes zitierten Paragraphen sind Paragraphen des Reichsgesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Einleitung.

§ 1.

Die wirtschaftliche Bedeutung der Stammkapitalserhöhung.

Die Höhe des Stammkapitals ist für den Außenstehenden ein wichtiger, wenn auch nicht immer zuverlässiger Maßstab für das Vertrauen, welches er der G. m. b. H. im Wirtschaftsleben schenken kann. Die Stammkapitalsziffer ist eine Garantieziffer. Durch besondere gesetzliche Vorschriften wird das Abfließen von Gesellschaftskapital an Gesellschafter bis zur Höhe dieser Ziffer verhindert. Zuverlässigere Maßstäbe gibt das Gesetz den Außenstehenden nicht an die Hand. Ueber den Kapitalsabfluß an Nichtgesellschafter erfährt er kraft Gesetzes nichts, da die G. m. b. H., wenn sie nicht gerade Bankgeschäfte betreibt, ihre Bilanzen grundsätzlich nicht zu veröffentlichen braucht (§ 41).

Die Stammkapitalserhöhung kann eine Kapitalszufuhr für die G. m. b. H. bedeuten, braucht es aber nicht. Man denke z. B. an den häufig vorkommenden Fall, daß ein aus Gewinnrücklagen gebildeter Reservefonds ausgeschüttet wird, damit ihn die Gesellschafter durch Einlage des auf sie entfallenden Anteils anläßlich der im Zusammenhang damit vorgenommenen Kapitalserhöhung sogleich wieder dem Gesellschaftsvermögen zuführen. Will die G. m. b. H. sich neue Betriebsmittel verschaffen, so ist sie dabei nicht allein auf die Stammkapitalserhöhung angewiesen. Es steht ihr wie jeder natürlichen Person frei, sich Kredite von Dritten zu besorgen. In einem solchen Falle wird aber die Bilanz der G. m. b. H. nicht verbessert, da das Darlehnskapital wieder als Schuld auf der Passivseite gebucht werden muß. Eine gegebenenfalls vorhandene Ueberschuldung, die nach § 63 für die G. m. b. H. Konkursgrund ist, bleibt bestehen. Anders ist dies jedoch, wenn das gleiche Kapital der G. m. b. H. durch Stammkapitalserhöhung zufließt. Denn für die Frage des Konkurses kommt der Stammkapitalsbetrag als Passivum nicht in Betracht[1]. Dadurch, daß nach § 42 Ziff. 4 der Betrag des Stammkapitals als Passivum in der Bilanz gebucht

1) Vgl. § 64.

werden muß, soll nur verhindert werden, daß bei nicht mehr voll vorhandenem Stammkapital Gewinne an die Gesellschafter ausgezahlt werden.

Neben der Stammkapitalserhöhung stehen der G. m. b. H. auch noch andere gesellschaftsrechtliche Wege offen, um sich neues Kapital zu beschaffen. Wenn in der Satzung eine Nachschußerhebungsmöglichkeit vorgesehen ist, kann die Gesellschafterversammlung die Einforderung von Nachschüssen beschließen[2]. Ferner kann einzelnen Mitgliedern außer ihrer Stammeinlagepflicht als besondere gesellschaftliche Verpflichtung u. a. die Gewährung von Krediten auferlegt werden[3].

Von dieser Möglichkeit hat man früher gern Gebrauch gemacht, um sich der auf Stammkapitalserhöhungen gelegten Steuer zu entziehen. Jedoch ist der Anreiz dazu jetzt geschwunden, da auf Grund von § 5 der Reichsabgabenordnung auch die Umgehungstatbestände steuerrechtlich erfaßt werden. Es wird sich heute auch selten ein Gesellschafter finden, der eine solche dauernde Verpflichtung in dem Umfange übernehmen will, daß dadurch der jeweils vorhandene Kapitalbedarf der GmbH. gesichert ist. Diese Form der Kapitalbeschaffung erscheint demnach wirtschaftlich nicht mehr als besonders bedeutungsvoll. Was die Nachschüsse anbetrifft, so werden die Gesellschafter auch nicht gern durch Festsetzung einer Nachschußerhebungsmöglichkeit im Gesellschaftsvertrage das Risiko auf sich nehmen wollen, zu äußerst ungelegener Zeit zu Zahlungen gezwungen zu werden[4].

Die Stammkapitalserhöhung wird daher als Mittel der Kapitalbeschaffung den Vorzug verdienen. Selbst die nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts bestehende Haftung der alten Mitglieder für Stammeinlagenrückstände der durch Stammkapitalserhöhung hinzukommenden Mitglieder und die der neuen Mitglieder für Rückstände der alten hält die Praxis nicht davon ab, sich dieser Art der Kapitalbeschaffung vorzugsweise zu bedienen. Die Stammkapitalserhöhung wird im allgemeinen krediterhöhend wirken. Sie bietet dem Geldgeber Gelegenheit, die Geschicke der GmbH. als Gesellschafter mitzubestimmen, über die Verwendung seines Geldes zu wachen.

2) Vgl. § 26.
3) Vgl. § 3, Abs. 2.
4) Deshalb scheint von dieser Art von Kapitalsbeschaffung in der Praxis wenig Gebrauch gemacht zu werden. Vgl. Julius v. Gierke, a.a.O. S. 850 linke Halbspalte und auch Feine, a.a.O. § 24 I, S. 316/17.

Schließlich stellt die Stammkapitalserhöhung auch einen Weg zur wirtschaftlichen Vereinigung von Unternehmen dar, da z. B. Aktien einer Aktiengesellschaft, Geschäftsanteile einer fremden GmbH. oder auch ein ganzes Handelsgeschäft als Sacheinlagen eingebracht werden können.

§ 2:

Die rechtliche Natur der Stammkapitalserhöhung und die Erhöhung der Stammkapitalsziffer.

Es ist zunächst festzustellen, welche Rolle dem Erhöhungsbeschluß, der in den §§ 55, 56 und 57 Erwähnung findet, innerhalb des Gesamtvorganges der Stammkapitalserhöhung zukommt. Dies ist von großer Bedeutung für die Lösung der einzelnen, anläßlich der rechtlichen Untersuchung über den Inhalt des Erhöhungsbeschlusses auftauchenden Zweifelsfragen und hängt eng mit der Beurteilung der rechtlichen Natur der Stammkapitalserhöhung zusammen.

Bei Vergleichen zwischen der Stammkapitalserhöhung der GmbH. und der Kapitalserhöhung der Aktiengesellschaft muß stets berücksichtigt werden, daß bei dieser die Mitglieder für ihre Person völlig zurücktreten[5]. Die GmbH. hat einen weit persönlicheren Charakter durch den Gesetzgeber erhalten[6]. Die Stammkapitalserhöhung wird vielfach als Zusatz[7], Erweiterungs-[7] oder teilweise Neugründung[8] bezeichnet. Das RG. in Bd. 85 S. 314 und Scholz[9] charakterisieren die Erhöhung als einen der Gründung der GmbH. nach Inhalt und Wesen ähnlichen Vorgang. Ruth[10] führt aus, daß die GmbH. zwar durch die Kapitalserhöhung ihr Selbst nicht aufgebe, daß sie sich aber zu einem neuen Selbst vergrößere, und zwar durch dieselben Maßnahmen, durch welche eine Aktiengesellschaft aus dem Nichts entstehe.

Die Stammkapitalserhöhung ist in dem Abschnitt „Abänderungen des Gesellschaftsvertrages" des GmbH.-Gesetzes geregelt. Dies bedingt schon, daß sie nicht schlechthin wie eine Urgründung behandelt werden darf. Soweit es möglich ist, sind also die bei der Stammkapitalserhöhung auftreten-

5) Vgl. Fischer, a.a.O. S. 319.
6) S. u. a RGZ. 76, 158; vgl. auch 74, 278.
7) Brodmann, a.a.O. § 56, 1 S. 222; § 57,2 S. 224.
8) Feine, a.a.O. S. 251 und 600
9) Scholz, a.a.O. § 55, I 2, S. 547.
10) Ruth, a.a.O. S 529 i. Anschl. an Kohler.

den Probleme nach Gesichtspunkten zu lösen, die allgemein für Satzungsänderungen maßgebend sind. Dies heißt für den Erhöhungsbeschluß, daß er insoweit in Parallele zu den satzungsänderndenBeschlüssen zu setzen ist. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhange die Frage, ob auch in der Zulassung der Uebernehmer von Stammeinlagen (§ 55, Abs. 2) durch die GmbH. eine satzungsändernde Tätigkeit liegt, die somit im Erhöhungsbeschluß durch die Gesellschafterversammlung (§ 53, Abs. 1) vorgenommen werden müßte.

Die im 4. Abschnitt des GmbH.-Gesetzes für die Stammkapitalserhöhung gegebenen Vorschriften sind ziemlich dürftig. Eine umfassende Ergänzung dieser Bestimmungen mit Hilfe der Analogie zur Satzungsänderung ist nicht möglich, da anders als bei der gewöhnlichen Satzungsänderung außerhalb der Körperschaftssphäre stehende Dritte, die Uebernehmer von Stammeinlagen, kraft Gesetzes maßgebend und unentbehrlich bei dem Erhöhungsvorgang mitzuwirken haben[11]. Die GmbH. bewirkt also die Stammkapitalserhöhung nicht allein mit Hilfe ihrer Organe — der Gesellschafterversammlung und der Geschäftsführer — wie sonst bei gewöhnlichen Satzungsänderungen, sondern ist hier nur Mitwirkende. Sie hat daher insofern eine ähnliche Stellung wie die eines Gründers. Aus diesem Moment heraus sind auch Analogieschlüsse zum Urgründungsvorgang gerechtfertigt. In diesem Zusammenhang erhebt sich z. B. die Frage, ob, wie bei gewöhnlichen Satzungsänderungen, nur der Erhöhungsbeschluß oder aber das Produkt aus dieser Willensäußerung der GmbH. und den Aeußerungen der außenstehenden Dritten, d. i. die Erhöhung, gemäß § 57 eingetragen werden muß.

Für den Erhöhungsbeschluß führt der Umstand, daß die GmbH. bei Kapitalserhöhung eine gründerähnliche Stellung hat, notwendig zu Parallelen mit einer Gründererklärung bei der Urgründung. Bei dieser stehen sich nun allerdings die Beteiligten, die Gründer, grundsätzlich in einer rechtlich gleich starken Position gegenüber. Dies ist bei der Stammkapitalserhöhung anders und muß bei Analogieschlüssen zur Gründung beachtet werden. Dem Erhöhungsbeschluß kommt rechtlich ein weit stärkeres Gewicht als etwa der Beitrittserklärung des einzelnen Urgründers verbunden mit seiner

11) Vgl. besonders § 55, aber auch die §§ 56/57.

Mitwirkung an der Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages zu. (§ 2: „Abschluß" des Gesellschaftsvertrages). Anders als ein gewöhnlicher Gründer bei der Gründung stellt die GmbH. bei der Stammkapitalserhöhung ihre organisierte juristische Persönlichkeit für die Umbildung zur Verfügung und spielt auch eine bevorzugte Rolle bei der Feststellung des neuen Satzungsinhalts der umgegründeten Gesellschaft. Die GmbH. ist also eine privilegierte Mitbeteiligte an der Umgründung.

Auch damit ist aber die rechtliche Stellung der GmbH. bei der Stammkapitalserhöhung noch nicht genügend deutlich herausgearbeitet. Es muß beachtet werden, daß nicht die GmbH. als solche Gesellschafterin der umgegründeten Gesellschaft wird. Dies sind vielmehr die alten Gesellschafter mit den Uebernehmern zusammen. Dieser Gesichtspunkt wird z. B. für die Mehrheitserfordernisse von Bedeutung, soweit im Erhöhungsbeschluß die neu zu schaffenden Geschäftsanteile mit Vorzugsrechten[12] ausgestattet werden sollen. Ferner ist er von Wichtigkeit dafür, ob die GmbH bei Umgründung selbst eine Stammeinlage, einen Geschäftsanteil, übernehmen kann.

Die hier dargelegten, im einzelnen zu beachtenden Momente sind m. E. bisher zu wenig berücksichtigt worden. Es zeigt sich, daß zwar schon viel, aber noch keineswegs alles gewonnen ist, wenn man wie in der RGZ. Bd. 85, S. 314/15 den Satz aufstellt, daß „auf die Erhöhung des Stammkapitals die für die Gründung gegebenen Vorschriften da, wo das Gesetz Lücken zeigt, entsprechend anzuwenden sind".

Für die Beschlußfassung über die Stammkapitalserhöhung ist ausschließlich die Gesellschafterversammlung zuständig. Aufsichtsrat und Geschäftsführer scheiden hier aus. Die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung ergibt sich allgemein daraus, daß das Gesetz da, wo es schlechthin von einer Beschlußfassung spricht, stets eine Beschlußfassung der Gesellschafterversammlung meint. Denn nach § 47 ist es von den beiden notwendigen Organen der GmbH. allein die Gesellschafterversammlung, welche kraft Gesetzes ihre Befugnisse im Wege der Beschlußfassung ausübt. Der Aufsichtsrat einer GmbH. wird zwar, da er gemäß § 52 in Verbindung mit § 243 HGB. mindestens aus 3 Mitgliedern bestehen muß, der Na-

12) Vgl. die Ausführungen auf S. 64 ff.

tur der Sache nach seine Befugnisse auch im Wege der Beschlußfassung ausüben. Er kommt aber als nur fakultatives Organ (§ 52) hier nicht in Betracht.

Der Erhöhungsbeschluß ist seiner Natur nach ein satzungsändernder Beschluß, obwohl durch die Beschlußfassung allein die Satzungsänderung durch Kapitalserhöhung noch nicht bewirkt wird, da noch die Mitwirkung der Uebernehmer hinzutreten muß. Der Gesamtvorgang der Stammkapitalserhöhung ist, wie bereits erwähnt, im Gesetz zusammenfassend im Kapitel „Abänderungen des Gesellschaftsvertrages" geregelt. Hieraus ergibt sich für den Erhöhungsbeschluß unter sinngemäßer Anwendung von § 53, Abs. 1, daß dieser alle die von Seiten der GmbH. anläßlich der Erhöhung zu treffenden Bestimmungen enthalten muß, welche die Satzung unmittelbar ändern bezw. ein Bestandteil dieser Aenderung sind. Ferner ist durch § 53, Abs. 1 hinsichtlich der Beschlußfassung über die Erhöhung eine ausschließliche, unübertragbare Zuständigkeit für die Gesellschafterversammlung begründet.

Durch die Erhöhung des Stammkapitals erfolgt in erster Linie eine Erhöhung der Stammkapitalsziffer, also eine Abänderung der gemäß § 3, Abs. 1 Ziff. 3 in den Gesellschaftsvertrag aufgenommenen Bestimmung. Ein Mindestbetrag, um welchen die Stammkapitalsziffer kraft Gesetzes erhöht werden muß, ist nur mittelbar durch § 55, Abs. 4 vorgeschrieben, wo § 5 Abs. 1, soweit hierin Vorschriften über die Höhe der Stammeinlagen getroffen werden, für die Erhöhung in Bezug genommen wird. Es muß mindestens eine Stammeinlage in Höhe von 500 M. übernommen werden. Daraus folgt, daß also auch die Stammkapitalsziffer um mindestens 500 M erhöht werden muß. Welche Folgen es für die Gültigkeit des Erhöhungsbeschlusses und damit für die Gültigkeit der Stammkapitalserhöhung hat, wenn eine Stammeinlage unter der durch § 5 Abs. 1 vorgeschriebenen Mindesthöhe bleibt, soll erst in § 5 der Abhandlung dargelegt werden.

Die Stammkapitalsziffer braucht nicht fest bestimmt zu sein. Die Festsetzung einer Maximalziffer ist nach allgemein vertretener Ansicht[13] zulässig. Auch gegen die Festsetzung

13) Vgl. Hachenburg, a.a.O. § 55, Ziffer 2 c Anm 6 S. 234/35; Liebmann-Saenger a.a.O. § 55, Anm. 1 S. 287; Scholz a.a.O § 55, II, 4 S. 550; Feine a.a.O. § 45, II, S. 603; Brodmann aa.O. § 55, Anm. 1 c, S. 219; Crüger-Crecelius, a.a.O. § 55 Anm. 1 S. 280; RGZ. 85 S. 207; KGJ. 29 S. 103.

einer Minimalziffer allein oder in Verbindung mit einer Maximalziffer bestehen jedoch keine Bedenken[14].

1. Abschnitt:

Die Schaffung neuer Mitgliedschaften als Satzungsänderung.

§ 3:

Feststellung der Uebernehmer und der Beträge der Stammeinlagen.

Das Stammkapital kann nach § 55, Abs. 1—3 nicht erhöht werden, ohne daß neue Mitgliedschaften entstehen. Die Erweiterung der Kapitalbasis der GmbH. ist gesetzlich untrennbar mit einer Erweiterung der Mitgliedschaftsbasis verbunden.

Im vorigen Abschnitt wurde bereits die durch Stammkapitalserhöhung erfolgende Aenderung der gemäß § 3, Ziff. 3 in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmenden Stammkapitalsziffer behandelt. Die Ansichten darüber, ob durch Stammkapitalserhöhung auch die gemäß § 3, Abs. 1 Ziff. 4 in den Gründungsvertrag aufgenommene Bestimmung durch Schaffung neuer Mitgliedschaften geändert wird, gehen in Wissenschaft und Praxis stark auseinander[1]. Diejenigen, welche darin eine Abänderung erblicken, begründen ihre Meinung nicht. Jedoch bringen zwei Vertreter der Gegenansicht, Hachenburg und Feine[1], ausführlichere Gründe für ihre ablehnende Stellungnahme. Hachenburg knüpft seine Ausführungen an den Fall, daß an die Stelle eines Gründungsgesellschafters durch Abtretung des Geschäftsanteils gemäß § 15 ein anderer Gesellschafter tritt. Er argumentiert dem Sinne nach: Die auf Grund von § 3, Abs. 1 Ziff. 4 im Gesellschafts-

---

14) Vgl. auch Feine, a.a.O. u. Crüger-Crecelius a.a.O., ferner KGJ 29 S. 103.

1) Für Abänderung: Liebmann-Saenger a.a.O. § 57, Anm. 2, S. 293; Scholz a.a.O. § 53, I, 2 b S. 526; in der Mitte, wo er ausdrücklich mit Bezug auf eine Kapitalserhöhung auf § 3, Abs. 1, Ziff. 4 hinweist, und auch § 55, I, 2 S. 547; OLG. Hambg. in Z. Bl. f. f. G. 6, 138, wo das Entstehen neuer Mitgliedschaften ausdrücklich als Satzungsänderung bezeichnet wird; wohl auch OLG. Rspr. 40, S. 192.

Gegen Abänderung: Hachenburg a.a.O. § 53, Anm. 2 c, S. 213 u. 249 Anm. 9; Feine a.a.O. S. 592, § 44 2; 258, § 19; RGZ. 77, 154, welche ausdrücklich nur auf die Abänderung der gemäß § 3, Ziff 3 getroffenen Bestimmung hinweist. Inkonsequent Scholz, a.a.O. § 55, II, 4, S. 550 und III, 1 S. 551.

vertrag getroffene Bestimmung habe nicht die gesetzliche Funktion, darüber Auskunft zu geben, wer Mitglied der GmbH. sei. Dies ergebe sich aus folgendem: Der Gesetzgeber habe für eine Aenderung des Gesellschaftsvertrages zwingend die Formen der §§ 53, 54, also einen Gesellschafterbeschluß und Eintragung desselben, vorgeschrieben. Die Einhaltung dieser Vorschriften werde nun aber bei Abtretung eines Geschäftsanteiles nicht verlangt. Der Gesetzgeber habe für die Abtretung ausdrücklich in § 15 wesentlich andere Vorschriften, nach denen eine Beteiligung der Gesellschaft entweder gar nicht oder doch in anderen Formen als bei einer Satzungsänderung — z. B. in Form der Genehmigung — vorgesehen ist, gegeben. Eine Veräußerung von Geschäftsanteilen bewirke also offensichtlich keine Abänderung des Gesellschaftsvertrages. Es bleibe nach wie vor gesellschaftsrechtlich der Gründungsgesellschafter im Gesellschaftsvertrag verzeichnet. Daraus sei zu schließen, daß die Bestimmung des § 3, Abs. 1, Ziff. 4, lediglich den Sinn und Zweck habe, eine „unzerstörbare Beurkundung eines der Geschichte der GmbH. angehörenden Vorganges zu schaffen"[2]. Eine Abänderung dieser Bestimmung sei also ihrer Natur nach nicht möglich.

Feine[3] führt hierzu noch ergänzend aus, daß nach § 19, Abs. 2 ein Erlaß von Stammeinlagen unzulässig sei. Auch eine Erhöhung einer Stammeinlage käme nicht in Frage[4]. Lediglich unter den erschwerten Formen einer Kapitalherabsetzung könnten die Stammeinlagen geändert werden. Auch die gemäß § 3, Abs. 1, Ziff. 4 aufgezählten Stammeinlagenbeträge ständen also ein für alle Mal fest. Die Bestimmung gemäß § 3, Abs. 1, Ziff. 4 weise demnach in ihrem ganzen Umfange, d. h. sowohl bezüglich der aufgezählten Personen als auch bezüglich der aufgezählten Stammeinlagenbeträge, auf ein einmaliges historisches Ereignis zurück. Die Ansicht Hachenburgs wird somit von ihm in vollem Umfange bestätigt.

---

2) Hachenburg, a.a.O. § 53, Anm. 2 c i. d. Mitte, S. 213.
3) Feine, a.a.O. S. 592, § 44, II.
4) Feine, a.a.O. S. 258, Abs. 1, § 19; S. 617, Abs. 2 Mitte, § 46, II („Aenderung der Stammeinlagen"); S. 621/22 § 46, III, 1, Abs. 2 a. E. Die Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils, durch die sowohl ein neues Mitglied als auch eine Aenderung des Betrages der Stammeinlage eintritt, wird nicht erwähnt. Die Lage ist hier die gleiche, wie die in den von Hachenberg und Feine erörterten Fällen.

An dieser Ansicht ist nun alles bis auf die Schlußfolgerung bezüglich der Stammkapitalserhöhung zu billigen. Es handelt sich bei der Stammkapitalserhöhung gar nicht um eine Abänderung in dem Sinne, daß etwa die Einzelheit „Gesellschafter A übernimmt eine Einlage von 1000 Mk. auf das Stammkapital" abgeändert werden soll. Es handelt sich hier um die Schaffung neuer Mitgliedschaften, die zu den alten hinzutreten. Man muß, um zu einer Entscheidung darüber, ob eine Abänderung vorliegt, gelangen zu können, nach der rechtlichen Bedeutung der Gesamtheit der oben angedeuteten Einzelaufzählungen fragen. Dasselbe gilt für die Ansicht von Feine, der übrigens selbst einen Fall nennt, der die von ihm behauptete ausschließliche historische Natur der Einzelaufzählungen in Frage stellt. Nach herrschender Lehre, der sich auch Feine anschließt, wie bereits oben angedeutet wurde, werden nämlich durch Herabsetzung des Stammkapitals zum Zwecke der Rückzahlung oder des Erlasses von Stammeinlagen die Beträge der einzelnen, gemäß § 3, Abs. 1, Ziff. 4 in den Gesellschaftsvertrag aufgenommenen Einlageverpflichtungen geändert[5]. Feine und Hachenburg ist grundsätzlich entgegenzuhalten, daß der Gesellschaftsvertrag während der ganzen Lebensdauer der GmbH. die Funktion hat, offen zu legen, daß das Stammkapital durch Einlageverpflichtungen der Gesellschafter gedeckt ist. Dies ergibt sich bei genügender Beachtung des zwischen der Vorschrift des § 3, Abs. 1, Ziff. 3 über die Stammkapitalsziffer und der des § 3, Abs. 1, Ziff. 4 über die Stammeinlagen durch die Bestimmung im § 5, Abs. 3 hergestellten Zusammenhanges. Nach § 5, Abs. 3, S. 3 muß der Gesamtbetrag der Stammeinlagen mit dem Stammkapital übereinstimmen. Die Betrachtungen von Scholz[6] sind hier durchschlagend. Er führt dem Sinne nach folgendes aus: Die Vorschrift unter Ziffer 4 des § 3, Abs. 1 des GmbH.-Gesetzes sei im Interesse des Verkehrs- und

5) Zu der Frage, ob nicht in jedem Falle von Stammkapitalsherabsetzung, wie Liebmann-Saenger, a.a.O., § 58, II, 4, Abs. 1, S. 297 annimmt, eine Abänderung des Betrages der Einlagen liegt, soll hier nicht letztlich Stellung genommen werden. § 50, Abs. 1 spricht jedenfalls dafür, daß nach dem Willen des Gesetzgebers der Gesamtbetrag der Stammeinlagen auch noch nach erfolgter Gründung mit der Stammkapitalsziffer im Gesellschaftsvertrage im Einklang zu halten ist. Scholz a.a.O. § 58, I 1, Abs. 4, S. 577 a. E. beweist überzeugend, daß in einer Stammkapitalsherabsetzung zu dem oben im Text erwähnten Zwecke eine Abänderung der Stammeinlagebeträge liegt. Vgl. auch besonders Brodmann, a.a.O. § 58, 5 S. 230 a. E. und auch Hachenburg, a.a.O. § 58, Anm. 8, S. 258; Feine, a.a.O. S. 617, Abs. 2, Mitte, § 46, II; S. 621/22; § 46, III, 1, Abs. 2.

6) a.a O. § 75 IV, Abs. 2, S. 710.

Gläubigerschutzes die wichtigste von den Ziffern des ersten Absatzes. Eine Aufnahme der Stammkapitalsziffer in den Gesellschaftsvertrag ohne Ergänzung gemäß § 3, Abs. 1, Ziff. 4 durch eine Aufzählung der Beträge der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage sei lediglich die Aufnahme einer toten Zahl. Die Stammkapitalsziffer habe ihre wesentliche Bedeutung in der Verpflichtung zur Kapitalsaufbringung in dieser Höhe[7]. Die gemäß gemäß § 3, Abs. 1, Ziff. 4 in den Gesellschaftsvertrag aufgenommene Bestimmung habe nicht nur den Zweck, die Stammeinlagebeträge, „tote Teilbeträge", zu nennen. Das Statut brauche zwar keine Angaben über die erfolgte Deckung zu enthalten, um so wichtiger sei aber die Angabe der statutarischen Verpflichtung zur Deckung, d. h. der Uebernahme der Stammeinlagen. Man müsse daher aus § 3, Abs. 1, Ziff. 3 (Stammkapitalsziffer) und Ziff. 4 (Einlagebeträge) den Grundsatz entnehmen, daß der Gesellschaftsvertrag nachzuweisen habe, daß das Stammkapital durch sowohl dem Wortlaut des Gesellschftsvertrages[8] als auch der rechtlichen Entstehung nach[9] gültige Einlageverpflichtungen der individuell aufgezählten Gesellschafter gedeckt sei. Die Begründung von Scholz baut folgerichtig auf der Natur des Stammkapitals im Zeitpunkt seines Entstehens auf. Seine Ausführungen werden durch die vom Gesetzgeber im § 5, Abs. 4 getroffene Regelung bestätigt und der von ihm aufgestellte Grundsatz ist mit Bezug hierauf dahin zu ergänzen, daß der Gesellschaftsvertrag auch noch aufzuweisen hat, welcher Art die Einlageverpflichtungen sind, durch die das Stammkapital gedeckt wird. Ergibt sich aber der Grundsatz, daß der Gesellschaftsvertrag offen zu legen habe, daß das Stammkapital durch gültige Einlageverpflichtungen der individuell aufgezählten Gesellschafter gedeckt ist, aus der Natur

7) Auch Hachenburg gibt dies, wohl ungewollt, a.a.O. § 3, Anm. 13, S. 135 mittelbar zu, wo er sagt, daß mit der Angabe im Gesellschaftsvertrage „die Gesellschafter A., B., C., D., E., F. haben je einen Geschäftsanteil von 10 000 M. übernommen", das Stammkapital, wenn auch eine ausdrückliche Angabe der Höhe der Stammkapitalsziffer fehle, gültig auf 60 000 M. festgesetzt sei.

8) Beispiele für Ungültigkeit dem äußeren Wortlaute nach sind a) eine aufgezählte Einlage bleibt unter 500 M. (§ 5, Abs. 1), 1, b) aus dem Gesellschaftsvertrag ist ersichtlich, daß eine Einlageverpflichtung nur unter einer Bedingung übernommen ist, c) der Gesamtbetrag der Stammeinlagen deckt sich nicht mit der Stammkapitalsziffer, d) ein nichtrechtsfähiger Verein ist als Gesellschafter aufgezählt.

9) Z. B. ein am Abschluß des Gesellschafstvertrages Beteiligter war geisteskrank oder vollmachtlos. Aehnlich Feine, a.a.O. S. 213 a. E. 214, § 14, III.

des Stammkapitals bei seiner Entstehung, so kann gerade deshalb seine Geltung nicht nur auf den Fall der Gründung beschränkt bleiben, sondern muß auch für jeden Fall der Neuentstehung von Stammkapital durch Kapitalserhöhung gelten. Denn die Natur des hinzukommenden Stammkapitals ist im Zeitpunkt seines Entstehens durch Erhöhung genau die gleiche wie die Natur des bei Gründung[10] aufgebrachten Stammkapitals.

Die Stammkapitalserhöhung bedingt daher ebenso gut eine Ergänzung des Gesellschaftsvertrages in Bezug auf die Bestimmung, welche sich mit den Beträgen der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage befaßt, wie sie eine Abänderung der Bestimmung über den Betrag des Stammkapitals erforderlich macht. Auch der Betrag, um den das Stammkapital vergrößert wird, darf nach dem Willen des Gesetzgebers im Gesellschaftsvertrago keine tote Zahl bleiben. Nach § 53, Abs. 1 muß sich der Erhöhungsbeschluß also auch über die Stammeinlageverpflichtungen der Uebernehmer aussprechen. Er hat die Person jedes Neuübernehmers und den Betrag der von ihm zu leistenden Einlage zu enthalten, was ja, im Falle daß Sacheinlagen eingelegt werden sollen, kraft ausdrücklicher Bestimmung im § 56 schon ohnehin der Fall sein müßte.

Schließlich zeigt auch beispielsweise eine Betrachtung der Folgen, welche eine solche Stammkapitalsherabsetzung hinsichtlich des Inhalts des Gesellschaftsvertrages hat, die nach einer oder mehreren vorangegangenen Stammkapitalserhöhungen zum Zwecke der Rückzahlung oder des Erlasses von Einlagen vorgenommen wird, daß die Gegenansicht praktisch zu unangemessenen Ergebnissen führt. Nach herrschender Lehre müßten bei einer solchen Stammkapitalsherabsetzung mit Recht[11] die Beträge der im Gesellschaftsvertrage aufgezählten Einlageverpflichtungen abgeändert, d. h. proportional zur Herabsetzung des Kapitals vermindert werden. Nach der Gegenansicht brauchen und dürfen nun die auf Grund der vorangegangenen Stammkapitalserhöhungen geschaffenen neuen Einlageverpflichtungen im Gesellschaftsvertrag gar nicht zu erscheinen[12]. Es könnten also tatsächlich nur die bei

10) So wohl auch Scholz, a.a.O. § 55, I, 2, S. 547: „Beides wird durch Kapitalerhöhung geändert".
11) Vgl. die Anm. 1 auf S. 16.
12) So ausdrücklich Hachenburg, a.a.O. § 53, Anm. 2 c, S. 213.

der Gründung geschaffenen Einlageverpflichtungen, welche lediglich nach der Gegenansicht im Gesellschaftsvertrag erscheinen dürfen, abgeändert werden. Ein und derselbe rechtliche Vorgang, nämlich ein und dieselbe Stammkapitalsherabsetzung, würde sich so hinsichtlich des Teils des Stammkapitals, der b e i d e r G r ü n d u n g aufgebracht wurde, als A b ä n d e r u n g, hinsichtlich des durch E r h ö h u n g e n aufgebrachten Teils jedoch n i c h t a l s A b ä n d e r u n g der Bestimmung über die Einlageverpflichtungen im Gesellschaftsvertrag auswirken. Dies wäre ein unverständliches Ergebnis.

§ 4:

Die Zulassung der Uebernehmer von Stammeinlagen.

Die Begründung neuer Mitgliedschaften bei Stammkapitalserhöhung schließt eine Satzungsänderung in Bezug auf § 3, Abs. 1, Ziff. 4 in sich[13]. Der Gesellschaftsvertrag ist aber nur dann gültig abgeändert, bezw. ergänzt worden, wenn die neu aufgenommenen Einlageverpflichtungen sowohl dem sie betreffenden Wortlaute des Vertrages nach als auch darüber hinaus überhaupt materiellrechtlich gültig entstanden sind.[13] [14] Da eine gültige Zulassung notwendiger Bestandteil des Entstehungsvorganges der neuen Mitgliedschaften und damit der neuen Stammeinlageverpflichtungen ist, muß also auch die Zulassung als Bestandteil des Abänderungsvorganges angesehen werden. Es ist aber, wie schon auf S. 6 ausgeführt wurde, aus der systematischen Stellung der Bestimmungen über die Stammkapitalserhöhung im Gesetze herzuleiten, daß die notwendige Mitwirkung der Gesellschaft an der Stammkapitalserhöhung, soweit darin eine Mitwirkung zur Abänderung des Gesellschaftsvertrages liegt, im Wege des Beschlusses nach § 53 zu erfolgen hat. Die Zulassung kann infolgedessen gemäß § 53, Abs. 1 n u r durch Beschluß der Gesellschafterversammlung, d. h. im Erhöhungsbeschluß, erfolgen. Selbst die Schriftsteller, welche eine Abänderung des Gesellschafts-

13) Vgl. die Ausführungen im vorhergehenden Paragraphen.

14) Ob in Bezug auf die Gültigkeit der Entstehung die allgemeinen Vertragsgrundsätze oder die Grundsätze über den Gesamtakt oder z. B. die aus dem Gedanken eines Gesamtwillensaktes entwickelten Grundsätze (Ruth. a.a.O. S. 454 ff., der bei der Bestimmung der Natur seines Rechtsgebildes von der Wirkung der Eintragung und damit auch von den Folgen des § 75 absieht) zur Anwendung kommen müssen, soll hier nicht entschieden werden. Vgl. aber hierzu die Ausführungen im Schlußabschnitt.

vertrages durch Mitgliedschaftsbegründung bejahen, ziehen daraus eigenartigerweise nicht die Schlußfolgerung, daß dann auch die Gesellschafterversammlung gemäß § 53, Abs. 1 für die Zulassung der Uebernehmer ausschließlich und unübertragbar zuständig ist[15].

Die auch hier vertretene Ansicht, daß in der Stammkapitalserhöhung ebenfalls eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages durch Entstehung neuer Mitgliedschaften liegt, ist auf § 3 Abs. 1, Ziff. 3 und 4 in Verbindung mit § 5, Abs. 3 gestützt worden[16]. Schon bei der Gründung ist es nun allerdings nicht unbestritten, ob durch § 3, Abs. 1, Ziff. 3 und 4 auch vorgeschrieben sein soll, daß trotz Eintragung der GmbH. erst dann eine gültige Gesellschaftsgründung und damit ein gültiger Gesellschaftsvertrag vorhanden sei, wenn die in dem Gesellschaftsvertrag aufgenommenen Einlageverpflichtungen nicht nur dem Wortlaute, sondern auch ihrer Entstehung nach gültig sind. Viele[17] behaupten anläßlich der Auslegung des § 75, daß der Bestimmung des § 3, Abs. 1, Ziff. 4 schon dann genügt sei, wenn die Einlageverpflichtungen auch nur dem äußeren Wortlaut nach als gültig erscheinen.

Ueberträgt man — immer unter Zugrundelegung der sonst hier in dieser Frage entwickelten Grundsätze – diese Anschauung auf die Stammkapitalserhöhung, so ergäbe sich folgendes. Eine gültige Abänderung des Gesellschaftsvertrages bezüglich der Einlageverpflichtungen der Uebernehmer wäre mit Eintragung der Stammkapitalserhöhung auch ohne eine gültige Zulassung vor sich gegangen, wenn nur die dem Gesellschaftsvertrag eingefügten neuen Einlageverpflichtungen dem Wortlaute des Vertrages nach den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen. Bei dieser Auffassung mag es allerdings mindestens zweifelhaft erscheinen, ob die Zulassung noch als Bestandteil des Abänderungsvorganges zu betrachten ist, so-

15) Liebmann-Saenger, a.a.O. § 55, Anm. 6 S. 289 erklärt prinzipiell die Geschäftsführer zur Zulassung für befugt. — Durch Gesellschaftsvertrag könne aber deren Befugnis an die Beschlußfassung der Gesellschafter oder die Genehmigung des Aufsichtsrates gebunden werden. Nach Scholz, a.a.O. § 55, III, 1, S. 552 sind nur die Geschäftsführer zur Zulassung befugt. Das RG. in JW. 1925, S. 247 scheint denselben Standpunkt zu vertreten.

16) Vgl. die Ausführungen auf S. 9 ff.

17) So Merzbacher-Krakenberger a.a.O. § 75, Anm. 4 f. Hachenburg, a.a.O. § 75 Anm. 13 S. 362, Crüger-Crecelius, a.a.O. § 77, S. 324 a. E., Brodmann a.a.O. § 5, Anm. 3, S. 37; § 10 Anm. 2 a S. 54 im Gegensatz zu Scholz, a.a.O. § 75, IV, 4, Abs. 2, S. 710, Feine, a.a.O. § 14 III, S. 214, RGZ. 54, 419 ff. und auch z. T. im Gegensatz zu Neukamp, a.a.O. S. 43.

daß aus diesem Gesichtspunkt heraus eine unübertragbare Zuständigkeit aus § 53, Abs. 1 für die Gesellschafterversammlung hinsichtlich der Zulassung nicht hergeleitet werden könnte. Denn nach dieser Ansicht kann nach Eintragung der Erhöhung, was den Erhöhungsbeschluß anbetrifft, nur auf seinen hinsichtlich der Stammeinlagenfestsetzungen gültigen Wortlaut für die Frage der Gültigkeit der Satzungsänderung entscheidendes Gewicht gelegt werden.

Es muß deshalb kurz auf die Ausführungen der Vertreter dieser Auffassung eingegangen werden. Brodmann[18] ist derjenige, der seine Ansicht am entschiedensten und klarsten begründet. Er behauptet, § 3, Abs. 1 handele nur vom Inhalt des Gesellschaftsvertrages. Er stützt sich anscheinend auf die im § 3, Abs. 1 gebrauchten Worte: „Der Gesellschaftsvertrag muß enthalten". Im § 3, Abs. 1 wird aber nicht von dem Inhalt eines beliebigen Schriftstücks gesprochen, sondern von dem Inhalt eines Gesellschaftsvertrages. In diesem Paragraphen wird also ein abgesehen vom Inhalt (über den ja erst in § 3 gesprochen wird) in jeder Hinsicht gültiger[19] Gesellschaftsvertrag vorausgesetzt. Er umfaßt also z. B. auch die Vorschrift des § 2. Man kann nicht vom Inhalt eines Gesellschaftsvertrages sprechen, wenn ein Gesellschaftsvertrag als solcher garnicht vorhanden ist[20].

Es mag hier darauf hingewiesen werden, daß die Frage, ob man eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages durch Neuentstehung von Mitgliedschaften bejahen will, dafür von großer Bedeutung ist, ob die Stammkapitalserhöhung ihrer Natur nach als „Neugründung" angesehen werden darf, d. h. praktisch, ob Analogieschlüsse vom Gründungs- auf den Erhöhungsvorgang überhaupt als erlaubt anzusehen sind. Dies wird von der Mehrzahl der sich mit dieser Frage beschäftigenden Schriftsteller behauptet[21]. Verneint man diese Frage, so sieht man die Neuentstehung von Mitgliedschaften bei der

18) Brodmann, a.a.O. § 5, Anm. 3, S. 37.
19) Vgl. Anm. 2 S. 18 und A. 1 S. 19.
20) A. A. Scholz, § 75, III, 2, S. 708. Ein gewisser Widerspruch zwischen seiner Ausführungen dort und § 75, IV, 4., Abs. 2, S. 710 läßt sich denn auch nicht verkennen. — Aehnlich wie hier Feine, a.a.O. § 14, III, S. 213/214. Vgl. RGZ. 54, 421.
21) Vgl. Feine, a.a.O. § 45, I, S. 611, auch S. 602 und 600; Scholz a.a.O. § 55, I, 2, S. 547; Brodmann, a.a.O. § 57, Anm. 2, S. 224/225, Anm. 1 S. 224 und § 55 Anm. 2 c S. 220 (Anwendbarkeit d. § 77 Abs. 3). Vgl. auch Liebmann-Saenger a.a.O. § 77 Anm. 4 S. 354. Dagegen Hachenburg a.a.O. § 77 Anm. 11 S. 375/376, soweit der Erhöhungsbeschluß in Frage steht.

Erhöhung im Gegensatz zur Entstehung von Mitgliedschaften bei der Gründung (§ 3, Abs. 1, Ziff. 4) als einen für die Organisation der GmbH. bedeutungslosen Vorgang an. Denn die Organisation der GmbH. ergibt sich in ihrem wesentlichen Bestand aus dem Gesellschaftsvertrag. Viele, so Feine[22] und RG. in Holdheims Mschr. 1910, S. 278 für die GmbH.; Ruth[23], für alle juristischen Personen einschließlich der GmbH.; v. Tuhr[24], und Enneccerus[25] für den Verein u. a. wollen abweichen von der hier vertretenen Ansicht die Zuständigkeitsfrage hinsichtlich der Zulassung aus allgemeinen Gesichtspunkten lösen. Die Gesellschafterversammlung soll in erster Linie zur Zulassung befugt sein. Diese Befugnis sei aber delegierbar. Demnach wäre also die Zulassung kein notwendiger Bestandteil des Erhöhungsbeschlusses. Die soeben Zitierten begründen ihre Ansicht damit, daß hier ein das innergesellschaftliche Leben der juristischen Person berührender, ihre Organisation umgestaltender Akt vorliege.

Die Ansicht derer, so z. B. Ruth[26], die jeder Mitgliedschaftsaufnahme diese Wirkung für den Körperschaftsorganismus beimessen, ist für die GmbH. nicht brauchbar. Bereits auf Seite 8 wurde dargelegt, daß in einer großen Anzahl von Fällen, in denen neue Mitglieder eintreten, die GmbH. überhaupt nicht beteiligt ist[27]. Lehnt man im übrigen ab, daß in der Stammkapitalserhöhung eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages zu erblicken ist, so erscheint es nicht folgerichtig, wenn man dann noch die notwendige Mitwirkung der Gesellschaft bei Begründung der Mitgliedschaften durch Zulassung der Uebernehmer als einem für das innere Leben der GmbH. außerordentlich wichtigen Organisationsakt bezeichnet, um daraus bestimmte Folgerungen für die Zuständigkeitsfrage zu ziehen. Denn die Organisation der GmbH. ergibt sich in den wesentlichen Teilen eben aus ihrem Gesellschaftsvertrag. Wo dies ausnahmsweise einmal nicht der Fall

22) Feine, a.a.O. § 45, III, 3, S. 609.
23) Ruth, a.a.O. S. 493.
24) v. Tuhr, a.a.O. 1. Bd. S. 543.
25) Enneccerus, Allgem. T., S. 257, Anm. 2.
26) a.a.O. S. 461.
27) Die Auffassung von Ruth, a.a.O. S. 469, daß die Mitwirkung den GmbH. in diesen Fällen in dem freiwilligen Verzicht auf die Aufnahme einer die Veräußerung der Mitgliedschaft an ihre Zustimmung bindenden gesellschaftsvertraglichen Bestimmung liege, kann nicht geteilt werden. In einem solchen Verzicht, der im rechtlichen Sinne keiner ist — es wird hier nur von einer rechtlichen Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht, — liegt keine Mitwirkung der GmbH.

zu sein braucht, wie bei der Bestellung der Geschäftsführer[28], ist die prinzipielle Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung, wenn auch delegierbar, (§45), ausdrücklich im Gesetz begründet.

Sieht man aber in der Begründung der Mitgliedschaften eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages, so bedarf es der allgemeinen Erörterungen nicht mehr. Die Zulassung ist demnach Bestandteil des Erhöhungsbeschlusses. Sie ist bereits regelmäßig in der erforderlichen Aufnahme der Person des Uebernehmers und des Betrages seiner Einlage in den Erhöhungsbeschluß zu erblicken, wenn sie nicht durch besondere Klausel späterer Beschlußfassung ausdrücklich vorbehalten wird[29]. Eine solche Trennung der einzelnen Bestandteile des Erhöhungsbeschlusses ist für zulässig zu halten. Auch ist es zulässig, daß zunächst einmal nur über die Höhe der Stammkapitalsziffer[30], dann geschlossen über die Personen der Uebernehmer und die Höhe von deren Stammeinlagen und später über die Zulassungen der Uebernehmer beschlossen wird. Der Erhöhungsbeschluß ist wohl an sich vom Gesetzgeber als eine einmalige Angelegenheit gedacht worden. Die Einheitlichkeit wird aber m. E. durch eine gleichzeitige Beschlußfassung über die Personen der Uebernehmer und die Höhe von deren Stammeinlagen genügend gewahrt. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Erhöhungsbeschluß, wenn man dies beachtet, nicht in mehrere Teile zerlegt werden könne. Aber auch, wenn man dies leugnen wollte, so ergeben sich aus der hier vertretenen Auffassung, daß die Zulassung Bestandteil des Erhöhungsbeschlusses sei, dennoch keine besonders befremdenden oder überraschenden Ergebnisse. Es ergibt sich durchaus nicht aus dem Wesen der GmbH., daß die Uebernahme von Stammeinlagen bei der Stammkapitalserhöhung in derselben Art wie die Zeichnung von Aktien bei der Kapitalserhöhung der Aktiengesellschaft[31], also nacheinander, nicht gleichzeitig, möglich sein müßte. Es gibt ja bei der GmbH. im Gegensatz zur Aktiengesellschaft auch keine Sukzessivgründung. Der persönlichere Charakter der GmbH.

28) Vgl. §§ 6 Abs. 2; 46. Ziff. 5; 47.
29) Vgl. Scholz, a.a.O. § 55, III, 4, S. 556 hinsichtlich getrennter Beschlußfassung über die Stammkapitalserhöhung. S. vor allem Feine, a.a.O. S. 606. § 45., III. 1.
30) Es kann auch lediglich nur eine Maximal- oder Minimalziffer festgesetzt werden. Vgl. § 2, S. 12 d. Arb.
31) Vgl. §§ 281 ff. HGB.

kommt eben hierin zum Ausdruck. Umso weniger könnte man dagegen einwenden, wenn sich etwa aus der hier vertretenen Auffassung die Notwendigkeit einer gleichzeitigen Zulassung aller Uebernehmer und damit der gleichzeitigen Festsetzung der Stammkapitalsziffer, der Personen der einzelnen Uebernehmer und der Höhe von deren Stammeinlagen ergeben würde. Zu einer solchen Schlußfolgerung zwingt aber m. E. die hier vertretene Auffassung nicht.

Uebt die Gesellschafterversammlung ihre Befugnisse nicht einheitlich in einem, sondern in mehreren Beschlüssen aus, wie es oben unter bestimmten Umständen für zulässig erklärt wurde, so müssen die Beschlüsse natürlich alle den Formvorschriften und den sonstigen Bestimmungen des § 53 entsprechen.

Nach § 54 ist jede Abänderung des Gesellschaftsvertrages in das Handelsregister einzutragen. Auch die durch Abgabe der Uebernahmeerklärung und Zulassung des Uebernehmers zusammen bewirkte Abänderung macht hiervon keine Ausnahme. Es wird nicht nur der Erhöhungsbeschluß, der zwar die Zulassung, nicht aber immer notwendig die Uebernahmeerklärung enthält, eingetragen. Nach § 57 ist die beschlossene und durchgeführte[32] Erhöhung des Stammkapitals zur Eintragung anzumelden. Die Durchführung der Erhöhung geht aber durch Deckung des Stammkapitals mit Hilfe der Schaffung neuer Mitgliedschaften, d. h. durch Uebernahme von Stammeinlagen und Zulassung der Uebernehmer, vor sich. Wenn es im ersten Halbsatz des § 57 heißt, daß die „beschlossene Erhöhung" zur Eintragung anzumelden ist, so darf zur Auslegung dessen, was diese Wendung bedeutet, nicht der zweite Halbsatz außer acht gelassen werden, der mit den Worten „wenn das erhöhte Kapital durch Uebernahme von Stammeinlagen gedeckt ist" fortfährt. Es ist daraus nur zu entnehmen, daß eine solche Erhöhung anzumelden ist, die auch so durchgeführt wurde, wie sie beschlossen worden ist. Die im Beschlusse festgesetzte Stammkapitalsziffer muß durch Stammeinlagen voll gedeckt sein[33]. Dies schließt nicht aus, daß in dem Falle, in welchem zunächst einmal nur über die Höhe der Stammkapitalziffer Beschluß gefaßt wird, dies in Form der Festsetzung einer Maximal- oder Minimalziffer geschieht. Die Uebernehmer müssen

32) So auch Feine, a.a.O. § 45, IV, S. 611 und Ruth, a.a.O. S. 472.
33) So auch Warneyer-Koppe, a.a.O. § 57, Ziff. 1, S. 183 und RJA. 5, 170.

die zugelassenen, im Erhöhungsbeschluß festgesetzten Personen sein. Der von ihnen übernommene Stammeinlagebetrag muß dem im Erhöhungsbeschluß festgesetzten entsprechen. Keinesfalls ergibt sich zwingend aus dem Wortlaut des § 57, daß lediglich der Erhöhungsbeschluß eingetragen werden dürfe und solle[34]. Diese Anschauung fußt m. E. auf Ueberlegungen, die wohl für die Kapitalserhöhung der Aktiengesellschaft, nicht aber für die Stammkapitalserhöhung der GmbH. zutreffen. Man muß sich davon loslösen, die GmbH. in jeder Beziehung als sog. „kleine Aktiengesellschaft" behandeln zu wollen. Bei der Aktiengesellschaft wird bereits der Erhöhungsbeschluß in § 280 HGB. technisch wie eine Satzungsänderung behandelt, indem man seine Eintragung für erforderlich erklärt. Lehmann II, a.a.O. weist auf S. 449 mit Recht darauf hin, daß diese Regelung gesetzestechnisch falsch ist, da in dem Erhöhungsbeschluß bei der Aktiengesellschaft erst eine Vorbereitungsmaßnahme für die Statutenänderung zu erblicken ist. Die Fassung des § 57 bietet keinen zwingenden Anlaß dazu, diesen gesetzestechnischen Fehler auch auf die Stammkapitalserhöhung bei der GmbH. übertragen zu müssen. Wollte der Gesetzgeber das kurz ausdrücken, was hier als Sinn des § 57 dargelegt wurde, so konnte dies kaum anders als in der gewählten Form geschehen. In § 82 wird überdies schlechtweg von der Eintragung der Erhöhung des Stammkapitals in das Handelsregister und nicht von der Eintragung des Erhöhungsbeschlusses gesprochen, wie denn ja auch § 57 nicht vom Erhöhungsbeschluß spricht. Die gegenteilige Ansicht, daß nur der Erhöhungsbeschluß eingetragen werden sollte und dürfe, ist schon dann nicht haltbar, wenn dieser nur eine Maximal- oder Minimalerhöhungsziffer vorsieht; denn die Erhöhungsziffer, welche in diesem Falle schließlich eingetragen wird, bestimmt sich dann nicht allein aus dem Erhöhungsbeschluß, sondern unter Zuhilfenahme des Umstandes, in welcher Höhe Stammeinlagen im Augenblick der Eintragung übernommen worden sind.

Die Unterlagen für die Eintragung der beschlossenen und durchgeführten Erhöhung sind dem Registerrichter in Form

34) So allerdings dann wieder Warneyer-Koppe, a.a.O. § 57, Ziff. 2, S. 183; ferner Brodmann, a.a.O. § 57, I, S. 224; Scholz a.a.O. § 57, II, 4 S. 568; V, S. 570; Hachenburg, a.a.O. § 57, Anm. 9 S. 249; OLG. Hamburg Z.Bl.f.f.G. 6, 138; Merzbacher-Krakenberger, a.a.O. § 57, Anm. 1, S. 352; OLG. Rspr. 10, 243; RG. in JW. 1904, Nr. 20, S. 304.

der Originalübernahmeerklärungen oder in Form von beglaubigten Abschriften derselben (§ 57) und in Form der Originalurkunde über den Erhöhungsbeschluß (§ 53) oder einer beglaubigten Abschrift desselben vorzulegen[35]. Das letztere ergibt sich aus § 54. Dort wird mittelbar bestimmt, daß als Unterlage für den Erhöhungsbeschluß bezw. für die einzelnen darin enthaltenen Abänderungen des Gesellschaftsvertrages Urkunden eingereicht werden müssen. An Stelle der Originalurkunde ist auch eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift derselben für ausreichend zu halten[36]. Bei der Eintragung kann auf den Inhalt der hier aufgezählten Urkunden bezug genommen werden. Die Stammkapitalsziffer muß nach §§ 10/54 eingetragen werden. Soll die Aenderung der Satzung durch die Neuentstehung von Mitgliedschaften unmittelbar eingetragen werden, so geschieht das durch Aufnahme der Personen der Mitglieder und der von ihnen übernommenen Stammeinlagen in das Register.

§ 5.

Mangelhafte Feststellungen über Einleger und Einlagebetrag und Zulassungsmängel im Erhöhungsbeschluß.

Die für die Gründung der GmbH. geltenden Vorschriften über die Stammeinlagen haben auch in weitestem Umfang für die aus Anlaß der Stammkapitalserhöhung neu entstehenden Einlageverpflichtungen Geltung. Nach § 55, Abs. 4, sind die Bestimmungen des § 5, Abs. 1, 2 und 3 über die Stammeinlagenbeträge unmittelbar auf die Stammkapitalserhöhung anzuwenden. Jedoch muß auch den Anforderungen, welche an die Personen der Gründer hinsichtlich ihrer Rechts- und Geschäftsfähigkeit allgemein zu stellen sind, in bezug auf die Personen der Uebernehmer bei Stammkapitalserhöhung genügt sein. Insbesondere müssen die Festsetzungen im Erhöhungsbeschluß hinsichtlich der Personen der Uebernehmer und ihrer Stammeinlagen allen diesen Erfordernissen entsprechen. Das gleiche gilt für die etwa von diesen Festsetzungen getrennt im Erhöhungsbeschluß erfolgenden Zulassungen der Uebernehmer[37].

35) Wird der Erhöhungsbeschluß in Abschnitten gefaßt, so ist über jeden Abschnitt eine Urkunde vorzulegen.

36) So u. a. auch Scholz, a.a.O. § 57, II, 5 a, S. 569. Vgl. § 8 Abs. 1, Ziff. 1; § 57, Abs. 3, Ziff. 1.

37) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 16 ff.

Die Zulassung eines Uebernehmers darf keinerlei Bedingungen oder Befristungen enthalten, weil das Gesetz eine bloß vorläufige Beteiligung als Gesellschafter einer GmbH. nicht kennt[38]. Was die Personen der Uebernehmer anbetrifft, so kann z. B. ein nichtrechtsfähiger Verein wegen seiner mangelnden Rechtspersönlichkeit nicht als Uebernehmer im Erhöhungsbeschluß auftreten. Bestritten ist, ob die GmbH. selbst, deren Stammkapital erhöht werden soll, zur Uebernahme einer Stammeinlage zugelassen werden kann[39]. Eine solche Möglichkeit muß abgelehnt werden. Die umgegründete GmbH. kommt als Uebernehmerin nicht in Frage. Sie besteht zur Zeit der Uebernahme als solche noch nicht. Wollte man diese als Uebernehmerin zulassen, so müßte man auch, wie Scholz[39] ganz richtig betont, die Uebernahme einer eigenen Stammeinlage seitens der werdenden GmbH. im Gründungsstatut zulassen. Es hat aber bisher noch niemand behauptet, daß dies möglich sei. Die GmbH. in ihrem Bestande vor der Erhöhung kommt aber auch nicht als Uebernehmerin in Betracht, da nicht sie, sondern die ihr angehörenden Gesellschafter nach der Erhöhung als Mitglieder in der umgegründeten Gesellschaft auftreten. — Auch bei der Kapitalerhöhung kann nach § 55, Abs. 4 in Verbindung mit § 5, Abs. 2, ein und dieselbe Person nicht mehrere Stammeinlagen übernehmen.

Was die Stammeinlagebeträge betrifft, so ist die Höhe einer Stammeinlage nach oben hin unbegrenzt, jedoch darf die Einlage nicht unter einen Betrag von 500 RM. sinken, auch muß ihr Betrag durch 100 teilbar sein[40].

Oft werden diese Erfordernisse im Erhöhungsbeschluß nicht genügend beachtet. Auch kann es vorkommen, daß die Summe der im Erhöhungsbeschluß genannten Stammeinlagebeträge nicht die Stammkapitalserhöhungsziffer erreicht. Man denke an den Fall, daß zunächst einmal nur die Erhöhungsziffer festgesetzt wird und die Festsetzung der Personen der

38) Vgl. RGZ. 83 S. 258 und die dort zit. Entsch.

39) Dagegen Scholz, § 55, III, 2 Abs 3 S. 553; Liebmann-Saenger, a.a.O. § 55, Anm. 1 Abs. 1 a. E. S. 287 (vgl. aber: § 55, Anm. 8, S. 289) und Brodmann, a.a.O. § 55, 3 a, S. 220. Dafür Hachenburg, a.a.O. § 55, Anm. 14, S. 237; OLG. Rspr. 42, S. 226. Der dort angegebene Grund, daß eine GmbH. sich später doch auf dem Umwege über § 33 die Geschäftsanteile verschaffen könne, ist nicht stichhaltig. Im § 33 ist immer ein Vorgänger vorausgesetzt, an den sich die Gesellschaftsgläubiger gegebenenfalls nach Maßgabe von § 24 halten können. Ein solcher würde aber hier fehlen.

40) § 55, Abs. 4 i. Vbdg. m. § 5, Abs. 1.

Uebernehmer und ihrer Stammeinlagen sowie deren Zulassung späterer Beschlußfassung überlassen bleibt. Die Rechtsregeln, welche hier verletzt werden, sind zwingender Natur. Insoweit, als ein Erhöhungsbeschluß gegen zwingendes Recht verstößt, ist er aber nach § 134 BGB. nichtig[41]. Und zwar ist § 134 BGB. unmittelbar anzuwenden, da der Erhöhungsbeschluß, was vielleicht bei Gesellschaftsbeschlüssen anderen Inhalts z. T. zweifelhaft sein mag, ein Rechtsgeschäft der GmbH. ist, d. h. ein Tatbestand, in welchem ein Parteiwille wesentlich ist und welcher diesem Willen entsprechende Rechtsfolgen hat.

Es liegt hier ebenso, wie wenn bei der Gründung der Gesellschaftsvertrag bezüglich der nach § 3, Abs. 1, Ziff. 4 in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmenden Bestimmungen die in diesem Abschnitt behandelten Mängel aufweisen würde. Der Erhöhungsbeschluß, die Willensäußerung der Hauptbeteiligten an der Umgründung, ist bei Vorliegen einer der in diesem Abschnitt behandelten Mängel in einem der unumgänglich notwendigen beiden Bestandteile für eine Erhöhung des Stammkapitals, nämlich bezüglich der Schaffung von neuen Einlageverpflichtungen, nichtig. Die Erhöhung ist also in diesem Punkte nicht zustandegekommen. Das gleiche gilt selbstverständlich auch für den Fall, daß die Stammkapitalerhöhungsziffer oder die erforderlichen Festsetzungen hinsichtlich der Uebernehmer bezw. die erforderlichen Zulassungen überhaupt im Erhöhungsbeschluß fehlen. Im Augenblick der Anmeldung der Erhöhung muß das erhöhte Stammkapital durch Stammeinlageverpflichtungen voll gedeckt sein (§ 57, Abs. 1), was der Registerrichter zu überprüfen hat. Wird die Eintragung der Erhöhung auf Grund eines in dieser Hinsicht nichtigen Erhöhungsbeschlusses angemeldet, so muß der Registerrichter die Eintragung ablehnen.

Da allgemein die Festsetzung der Personen der Uebernehmer und ihrer Einlagenbeträge und damit zusammenhängend auch die Zulassung der Uebernehmer nicht als zwin-

41) Verstoßen Gesellschafterbeschlüsse gegen zwingendes Recht, so wird allgemein als Verstoßfolge Nichtigkeit der Beschlüsse angenommen. Eine Begründung fehlt häufig. Jedoch wird wohl der oben angegebene Grund stillschweigend unterstellt. Vgl. z. B. RGZ. 89 S. 383. In § 271 HGB. ist bei Verletzung von dispositivem Recht — s. dort die Gleichstellung von Gesetz und Gesellschaftsvertrag — für die Aktiengesellschaft lediglich die Anfechtungsklage gegeben, was nach einstimmiger Ansicht als aus einem allgemeinen Prinzip des Gesellschaftsrechts entspringend (vgl. auch § 51 Gen.Ges.) auch für derartige GmbH.-Beschlüsse gilt.

gende Bestandteile des Erhöhungsbeschlusses angesehen werden, beschäftigt sich die Wissenschaft und Praxis mit der Frage, wie der Registerrichter sich bei Vorliegen eines Erhöhungsbeschlusses mit den hier erwähnten Mängeln zu verhalten hat, unmittelbar wenig. Nach Scholz[42] ist bei gesetzwidriger Bildung von Stammeinlagen im Erhöhungsbeschluß dieser nichtig und die Eintragung (nach ihm des Erhöhungsbeschlusses[43]) abzulehnen. Crüger-Crecelius[44] hält bei Eintragung der Erhöhung trotz Fehlens der Zulassung eines der Uebernehmer eine Löschung der Eintragung nach § 142[45] RFG. für zulässig, woraus zu entnehmen ist, daß nach ihm auch schon die Eintragung bei Vorliegen eines solchen Mangels abgelehnt werden muß. Das letztere nimmt auch Hachenburg[46] an, da es sich um einen notwendigen Teil des Erhöhungsvorganges handele, und auch wohl Scholz[47]. Brodmann äußert sich zwar nicht unmittelbar zu der hier behandelten Frage. Er setzt aber a.a.O. § 75 Anm. 3 f, S. 277 und § 77, Anm. 2, S. 280 den Erhöhungsbeschluß in bezug auf inhaltliche Mängel mit dem bei Gründung nach § 2 abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag stets in Parallele. Enthält aber der Gesellschaftsvertrag einen der hier angeführten Mängel, so müßte die Eintragung der Gesellschaft unzweifelhaft abgelehnt werden.

Wird die Erhöhung dennoch eingetragen, so ist sie trotz Eintragung nichtig. Dies nimmt auch Crüger-Crecelius, wie bereits oben erwähnt ist, a.a.O. an, soweit die Zulassung von den Mängeln betroffen wird. Scholz[48] hält dann, wenn sich der Erhöhungsbeschluß — was ja nach ihm nicht sein muß — über die Bildung der Stammeinlagen ausspricht und die hier behandelten Mängel aufweist, trotz erfolgter Eintragung die Erhöhung für nichtig. Aus seinen Ausführungen a.a.O. § 57 VII, 2 S. 572 ist aber zu entnehmen, daß nach seiner Ansicht dann, wenn die Zulassung, zu der nach ihm nur die Geschäftsführer befugt sind[49], Mängel aufweist, die Gültigkeit einer einmal eingetragenen Erhöhung dadurch

42) Scholz a.a.O. § 57 VII, 1 Abs. 2, S. 571.
43) So Scholz, a.a.O. § 57, II, 4, S. 568; V, S. 570.
44) Crüger-Crecelius (a.a.O. § 55 Ziff. 2 S. 280.
45) Das Zitat von § 141 RFG. bei Crüger-Crecelius beruht offensichtlich auf einem Irrtum.
46) Hachenburg a.a.O. § 57 Anm. 19 S. 251.
47) Scholz, a.a.O. § 57, VII, 2 Abs. 1.
48) Scholz a.a.O. § 57, VII, 1. Abs. 2. S. 571.
49) Vgl. Scholz, a.a.O. § 55, III, 1, S. 552.

nicht berührt wird. Er meint, der Erhöhungsbeschluß — nur dieser sei einzutragen — werde durch die Zulassung inhaltlich in keiner Weise berührt. Auch eine Löschung nach § 144, Abs. 2 RFG. komme nicht in Frage. Der gleichen Ansicht ist Hachenburg[50] mit derselben Begründung. Die Ansicht von Scholz erscheint, wenn man seine Ausführungen über die Folgen gleicher Mängel bei der Gründung a.a.O. § 75, IV, Ziff. 4, S. 709/710 sich vor Augen hält, nicht recht verständlich. Bei der Gründung soll bei Vorhandensein der hier behandelten Mängel nach Eintragung stets auf Nichtigkeit der Gesellschaft geklagt werden können. A.a.O. Abs. 1 erklärt er, daß die GmbH.-Gründung nichtig sei, wenn die Vorschriften des § 5, Abs. 1—3 verletzt würden. Abs. 2 führt er ausdrücklich mit eingehender Begründung aus, daß auch Nichtigkeit der Einlageverpflichtungen wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit oder vollmachtloser Vertretung des Beitretenden — Beispiele, denen doch bei der Erhöhung die nichtige Zulassung von Seiten der GmbH. beizuordnen wäre — zur Erhebung der Nichtigkeitsklage berechtigten. Die Erhöhung soll jedoch, wenn nicht zufällig die mangelhaften Bestimmungen Aufnahme in den Erhöhungsbeschluß gefunden haben, gültig sein, und zwar lediglich aus dem formalen Grunde, weil nicht die Erhöhung, sondern nur der Erhöhungsbeschluß eingetragen werde. Nach der hier vertretenen Ansicht fällt dieses formale Hindernis fort. Nicht der Erhöhungsbeschluß, sondern die Erhöhung wird eingetragen. Es liegt die gleiche Rechtslage vor, wie wenn bei Gründung eine der im § 3, Abs. 1, Ziff. 4, aufgezählten Einlageverpflichtungen nichtig ist. Analog zu § 75 muß auch die Erhöhung des Stammkapitals in einem solchen Falle nichtig sein; und zwar sowohl dann, wenn die mangelhafte Festsetzung der Personen der Uebernehmer oder ihrer Stammeinlagenbeträge im Erhöhungsbeschluß zugleich die Zulassueg enthält[51], als auch dann, wenn lediglich die getrennt von den Fetsetzungen[51] vorgenommenen Zulassungen mangelhaft sind. Auch im letzteren Falle ist, wie bereits auf Seite 13 und 14 eingehend dargelegt wurde, die Erhöhung analog zu § 75 nichtig. Aus der hier angenommenen entsprechenden Anwendbarkeit des § 75 folgt für die Geltendmachung der Nichtigkeit die Anwend-

50) Hachenburg a.a.O. § 57, Anm. 19.
51) Vgl. die Ausführungen auf S. 16/17.

barkeit der Regeln der §§ 272, 273 HGB. und des § 77 GmbH.-Gesetz. Auch Brodmann will anscheinend in seiner kurzen Bemerkung a.a.O. § 77, Anm. 2, S. 280 diese Regeln auf den Erhöhungsbeschluß entsprechend anwenden. Es folgt daraus, daß jeder Gesellschafter der durch Erhöhung erweiterten GmbH., jeder Geschäftsführer, und wenn ein Aufsichtsrat bestellt ist, jedes Mitglied des Aufsichtsrats im Wege der Klage beantragen kann, daß die Erhöhung für nichtig erklärt werde. Nach § 77, Abs. 2, wird die Wirksamkeit der im Namen der GmbH. von der Zeit der Eintragung der Erhöhung bis zur Zeit der Eintragung der Nichtigkeit (gemäß § 273, Abs. 1 HGB.) vorgenommenen Rechtsgeschäfte durch die Nichtigkeit der Erhöhung nicht berührt. Selbst Kenntnis des Dritten ist unschädlich. § 15 HGB. ist insoweit hier ausgeschaltet. Die Uebernehmer haben die versprochenen Einzahlungen zu leisten, soweit sie zur Erfüllung der in dieser Zeitspanne eingegangenen Verbindlichkeiten erforderlich sind[52], wobei die GmbH. als an der Umgründung Mitbeteiligte einen nach dem Verhältnis der Stammkapitalsziffer vor der Erhöhung zur Stammkapitalsziffer nach der Erhöhung zu errechnenden Beitrag zu leisten hat. § 24 ist entsprechend anzuwenden. Die in der fraglichen Zeitspanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte werden nach den für die Auflösung einer GmbH. geltenden Vorschriften abgewickelt, wobei als das zu liquidierende Rechtsgebilde die umgegründete GmbH. anzusehen ist. Zweck der Liquidation ist, die Umgründung hinfällig zu machen, was keinesfalls ein völliges Verschwinden der GmbH. bedingt. Die GmbH. in ihrem Bestande vor der Erhöhung besteht unberührt weiter.

Aus der hier vertretenen Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 75 und 77, bezw. §§ 272, 273 HGB. folgt zwangsläufig auch die entsprechende Anwendbarkeit des § 144 Abs. „1" RFG. Die Erhöhung kann bei Vorliegen der hier behandelten Mängel vom Registerrichter als nichtig gelöscht werden.

Scholz[53] hält das Nichtigkeitsverfahren nach §§ 75—77 nicht für anwendbar, da eine Liquidation bei Stammkapitalserhöhung nicht denkbar sei. Es ist bereits oben dargelegt worden, wie eine solche Liquidation praktisch durchzuführen ist. Der von Scholz angegebene Grund ist demnach nicht

52) So auch RGZ. 85, S. 315.
53) Scholz, a.a.O. § 51 VII, 5, S. 573.

durchschlagend. Auch nach Scholz, a.a.O. haben jedoch die Uebernehmer der neuen Stammeinlagen diese zu leisten, soweit es zur Erfüllung der Gesellschaftsschulden, die bis zur Eintragung der Löschung entstanden sind, erforderlich ist. Scholz[54] hält ferner eine Löschung von Amtswegen nur nach § 144, Abs. 2 RFG. für zulässig, was, da er die Möglichkeit eines Liquidationsverfahrens nach §§ 75, 77 ablehnt, nur folgerichtig ist. Derselben Ansicht wie Scholz sind Feine[55] und Crüger-Crecelius[56], dieser allerdings unter Anwendung von § 142 RFG. Hachenburg[57] wendet sich scharf gegen eine analoge Anwendung des § 77, Abs. 3 unter dem Gesichtspunkt, daß es sich bei der Löschung von Gesellschafterbeschlüssen, also auch des Kapitalerhöhungsbeschlusses, um wahre Unwirksamkeit, während es sich bei der Löschung der GmbH. bei Gründung lediglich um Auflösbarkeit handele. Nur bei dieser sei somit eine Haftung der Uebernehmer von Stammeinlagen gerechtfertigt. Geht man davon aus, daß nur der Erhöhungsbeschluß und nicht die Erhöhung als Gesamtvorgang eingetragen wird, wie es Scholz, Crüger-Crecelius und auch Feine a.a.O. tun, so läßt sich dem Gedankengang von Hachenburg eine starke Berechtigung nicht absprechen Nach dem hier vertretenen Standpunkt jedoch, daß die Erhöhung und nicht nur der Erhöhungsbeschluß eingetragen werden muß und die §§ 75 und 77 bezw. §§ 272, 273 HGB. entsprechende Anwendung zu finden haben, läßt sich seine Ansicht über die Natur der Nichtigkeit der Erhöhung nicht halten.

Nach § 55, Abs. 2 können zur Uebernahme einer Stammeinlage sowohl die bisherigen Gesellschafter als auch andere Personen zugelassen werden. Es fragt sich, welche Wirkung es für die Gültigkeit des Erhöhungsbeschlusses und der Erhöhung hat, wenn ein Gesellschafter auch insoweit mitstimmt oder ein Stimmrecht für andere Gesellschafter ausübt, als die Beschlußfassung seine eigene Zulassung zur Uebernahme einer Stammeinlage betrifft. Nach § 47, Abs. 4 hat ein Gesellschafter dann kein Stimmrecht und darf ein solches auch nicht für andere ausüben, wenn die Beschlußfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäftes ihm gegenüber betrifft. Es sind hier aber nur solche Rechtsgeschäfte gemeint, bei denen

54) Scholz, a.a.O., § 57, VII. 5c, S. 575.
55) Feine, a.a.O., § 45, V, S. 612.
56) Crüger-Crecelius, a.a.O., § 55, Ziff. 2 S. 280.
57) Hachenburg, a.a.O., § 77, Anm. 11, S. 375/376.

das Mitglied der GmbH. als außerhalb der Gesellschaftssphäre stehender Dritter und nicht in seiner Eigenschaft als Gesellschafter gegenübersteht. Dies ist allgemein anerkannt[58] und ergibt sich auch aus § 47, Abs. 4 selbst. Außer dem allgemeinen Stimmverbot bei Rechtsgeschäften ist dort auch noch ein Stimmverbot für den Fall der Beschlußfassung über Entlastung eines Gesellschafters und den Fall, daß ein Gesellschafter von einer gesellschaftsrechtlichen[59] Verbindlichkeit befreit werden soll, ausgesprochen. Daraus, daß diese beiden Fälle von Rechtsgeschäften innergesellschaftlicher Natur besonders aufgezählt sind, ist zu schließen, daß der Gesetzgeber mit dem allgemeinen Stimmverbot bei Beschlußfassung über Vornahme von Rechtsgeschäften mit Gesellschaftern solche gesellschaftsrechtlicher Natur nicht mit einschließt[60]. Der Gesichtspunkt der Interessenkollision läßt sich nicht schlechthin zur Rechtfertigung dieser unterschiedlichen Behandlung von außergesellschaftlichen und gesellschaftlichen Rechtsgeschäften bezüglich des Stimmverbots anführen. Es ist nicht zutreffend, wenn das RG., wie es in DJZ. 1905, S. 493 wiedergegeben wird, behauptet, daß dann, wenn außergesellschaftliche Rechtsgeschäfte mit einem Gesellschafter in Frage ständen, meistens das Privatinteresse mit dem Interesse der Gesellschaft zusammenstoße, während dies regelmäßig nicht der Fall sei, wenn es sich um gesellschaftliche Rechtsgeschäfte mit den Gesellschaftern handele. Bei gesellschaftsrechtlichen Rechtsgeschäften kann und wird eine Interessenkollision genau so häufig wie bei außergesellschaftlichen Rechtsgeschäften eintreten[61].

Die Zulassung eines bisherigen Gesellschafters zur Uebernahme einer Stammeinlage ist nun als ein innergesellschaftliches Rechtsgeschäft zu bewerten. Wenn auch der mit der Zulassung erstrebte Erfolg, die Entstehung der Mitgliedschaft, erst in der durch Stammkapitalserhöhung umgewandelten GmbH. und nicht schon in der GmbH. mit ihrem Mitgliederbestande zur Zeit der Zulassung eintritt, so kann dieser

58) Vgl. Scholz, a.a.O., § 47, IV, 3 b, S. 485; Hachenburg, a.a.O., § 36, Anm. 13 a, S. 38 und in JW. 1925, S. 247, Anm. zu Nr. 33; Liebmann-Saenger, a.a.O., § 47, Anm. 9, S. 255; Feine, a.a.O., § 38, VI, 2, S. 528; Crüger-Crecelius, § 47, Ziff. 4, S. 253. Dagegen: Brodmann, a.a.O., § 47, Ziff. 6 c, Abs. 3.

59) Dies steht zwar nicht ausdrücklich im Gesetz, ergibt sich aber eindeutig aus der Wortfassung und Anordnung des 4. Absatzes des § 47.

60) So auch Feine, a.a.O., § 38, VI, 2, S. 528.

61) Vgl. Hachenburg, a.a.O., § 47, Anm. 21, S. 157/158. Feine, a.a.O., § 38, VI, 3, S. 530.

Gesichtspunkt doch nicht dazu führen, dieses Rechtsgeschäft nicht mehr als ein solches gesellschaftsrechtlicher Natur anzusehen[62]. Auch die Wahl eines Geschäftsführers bringt eine Veränderung des Organismus der GmbH. mit sich, wenn auch keine von solcher Bedeutung wie die Stammkapitalserhöhung. Bei der Geschäftsführerwahl handelt es sich aber, wenigstens soweit dadurch die Organschaft des Geschäftsführers und nicht seine Gehaltsansprüche begründet werden, unbestritten um ein innergesellschaftliches Rechtsgeschäft[63]. Es ist eben zu beachten, daß es sich bei der Stammkapitalserhöhung um keine völlige Neugründung, sondern um eine Umgründung der bereits bestehenden GmbH. handelt. Das Stimmverbot des § 47, Abs. 4, greift also bei Zulassung eines bisherigen Gesellschafters zur Uebernahme einer Stammeinlage nicht Platz. Die Zulassung ist auch bei Mitstimmen des Zugelassenen gültig.

2. Abschnitt.

Die gesellschaftlichen Rechte der Mitglieder.

§ 6.

Allgemeines über Sonderrechte und das Recht auf gleichmäßige Behandlung.

Wenn hier über die Behandlung der gesellschaftlichen Rechte im Erhöhungsbeschluß gesprochen wird, so kommen sowohl die Rechte derjenigen, die der GmbH. zur Zeit der

---

62) So auch Hachenburg, a.a.O., § 36, Anm. 13 a, S. 38 und in JW. 1925, S. 247, Anm. zu Nr. 33. Dagegen neben Flechtheim in JW. 1925, S. 565/566: „Zur Stimmenenthaltung des Vertragsgegners bei Gesellschaftsbeschlüssen", Brodmann, in JW. 1925, S. 596: „GmbH. und § 181 BGB." und RGZ. 109, S. 80. Flechtheim verleicht a.a.O. die Uebernahme eines Geschäftsanteils im Verein mit der Zulassung bezüglich des Stimmverbots mit einem durch die Gesellschaft und einen Dritten abgeschlossenen Kaufvertrag. Dieser Vergleich ist m. E. nach der Natur der beiden Rechtsvorgänge nicht gerechtfertigt. Wenn Flechtheim zur Stützung seiner Annahme, daß in dem behandelten Falle ein gesetzliches Stimmverbot gegeben sei, auf die Stärke der vorhandenen Interessenkollision hinweist, so muß noch einmal im Gegensatz zum RG. i. DJZ. 1905, S. 493 betont werden, daß es darauf nicht ankommt.

63) Brodmann, a.a O., § 47, Ziff. 6 c, Abs. 3, S. 198 behauptet, daß dieser Fall überhaupt nicht unter § 47 einzuordnen sei, weil hier mit dem Geschäftsführer „gar kein Rechtsgeschäft getätigt werde". Ein Rechtsgeschäft gegenüber dem Gesellschafter, der Geschäftsführer werden soll, liegt hier doch nach dem Sinn des § 47 vor, da diesem die Macht zum Handeln für die GmbH. hierdurch verliehen wird. An den Wortlaut kann man sich nicht so eng klammern.

Fassung des Erhöhungsbeschlusses bereits als Mitglieder angehören, als auch die Rechte der erst zukünftigen Mitglieder, der Uebernehmer von Stammeinlagen, in Frage. Unter gesellschaftlichen Rechten sind solche zu verstehen, welche den Gesellschaftern aus ihrer Mitgliedschaft heraus zustehen.

Im Rahmen dieser Abhandlung kann auf die mannigfachen verschiedenen Auffassungen über die Natur des Sonderrechts, die bedeutsamste Art gesellschaftlicher Rechte, nicht ausführlich eingegangen werden[1]. Großenteils handelt es sich um terminologische Streitigkeiten von geringerer praktischer Bedeutung. Feine[2] gibt eine übersichtliche Darstellung der zu dieser Frage vertretenen Anschauungen.

Auszugehen ist von dem Recht der Gesellschafter auf gleichmäßige Behandlung. Ein solches Recht steht den Mitgliedern aller Körperschaften des Privatrechts zu. Für die Aktiengesellschaft ist das Prinzip der gleichmäßigen Behandlung speziell im Anschluß an § 185 HGB. herausgearbeitet worden. Für die GmbH. ergibt es sich insbesondere aus § 14 und kehrt in den §§ 29, II, 47, Abs. 2, 45, Abs. 2, 72 und 19 Abs. 1, 24, 26 Abs. 2, 31, Abs. 3 wieder. Nach § 14 soll sich grundsätzlich der Anteil des Gesellschafters am Leben der GmbH. — der „Geschäftsanteil" des einzelnen Mitgliedes — nach dem Maße seiner Beteiligung in Form der Stammeinlage richten. In § 14 ist also der Grundsatz der anteilsmäßigen Gleichberechtigung enthalten[3]. In den anderen zitierten Paragraphen wird dieser Grundsatz auf einzelne bedeutsame Fälle angewendet. Aus diesen Gesetzesbestimmungen ergibt sich auch, daß eine Abweichung von dem erwähnten Prinzip, soweit eine solche in den einzelnen aufgezählten Fällen nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist (vgl. insbesondere § 45, Abs. 1), nur durch Bestimmung im Gesellschaftsvertrage statuiert werden kann.

Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung darf nicht nach rein formalrechtlichen Gesichtspunkten zur Anwendung gebracht werden. Der Erfolg wäre oft tatsächlich und wirtschaftlich größte Ungleichheit. Triepel hat in seiner Abhand-

---

1) Hier sollen nur kurz die sich bei der Beschlußfassung über die einzelnen Arten von gesellschaftlichen Rechten ergebenden Besonderheiten behandelt werden. Vgl. hierzu besonders Feine, a.a.O. § 19, S. 260 f und Scholz, a.a.O. S. 169 ff.

2) Feine, a.a.O. § 20, III, S. 269 ff. Vgl. auch Hachenburg, § 14, Anm. 18 ff.

3) So Feine, a.a.O., § 19, S. 261.

lung „Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien ein Rechtsgutachten“ auf Seite 26 hinsichtlich Art. 109, Abs. 1 der Reichsverfassung ausgeführt, der Grundsatz der Gleichbehandlung besage, daß alles das gleichbehandelt werden müsse, was ungleich zu behandeln Willkür bedeuten würde. Diese dem Grundsatz der Gleichbehandlung für das Leben in einem Staatsgebilde, einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, gegebene Auslegung wird man nicht ohne weiteres für das gesellschaftliche Leben in einer GmbH., einem privatrechtlichen Gebilde, übernehmen können. Anders als im Staatsleben ist hier ein freiwilliger Zusammenschluß wesentlich deshalb erfolgt, um von dem Einzelnen erstrebte wirtschaftliche Erfolge, die dieser mit seiner eigenen Kraft nicht erreichen kann, vereint mit anderen zu erzielen. Das Einzelinteresse steht hier mehr im Vordergrunde, zumal die GmbH. eine von den privatrechtlichen Körperschaften ist, die nicht reine Kapitalsgesellschaft ist, sondern im Gegensatz z. B. zur Aktiengesellschaft auch charakteristische Züge einer Personalgesellschaft trägt. Das Gesamtinteresse kann also m. E. erst in zweiter Linie[4] berücksichtigt werden. Prinzipiell ist hier die formalrechtliche ungleiche Behandlung schon als eine Verletzung des Prinzips gleichmäßiger Behandlung anzusehen. Jedoch ist auch der Gesellschaftszweck insoweit von Bedeutung, als die Wahrung der Einzelinteressen nicht zu einer mißbräuchlichen Herrschaft über die Gesamtheit führen darf[5].

Nach § 35 BGB. können Sonderrechte eines Vereinsmitglieds nicht ohne dessen Zustimmung durch Beschluß der Mitgliederversammlung beeinträchtigt werden. Der Geschäftsanteil bei der GmbH., dessen Bestandteil ein solches Sonderrecht ist, wird im Anschluß an die Terminologie des Aktienrechts häufig Vorzugsgeschäftsanteil genannt. (Vgl. dort die „Vorzugsaktien“.) Nach § 13, Abs. 3, gilt die GmbH. als Handelsgesellschaft und nach Art. 2 EGHGB. kommen die Vorschriften des Vereinsrechts des BGB. auf die GmbH., die nach fast einhelliger Meinung ein rechtsfähiger Verein im weiteren Sinne ist[6], zur Anwendung. Da die Regelung,

4) Anders Fischer, a.a.O., S. 305, der für die Aktiengesellschaft und überhaupt allgemein für jede Korporation den Gesellschaftszweck scharf in den Vordergrund rückt.
5) Vgl. Fischer, a.a.O., S. 352, 353.
6) Vgl. Scholz, a.a.O., § 3, V, 1 S. 79 und die dort zitierte Literatur und Rechtspr.

welche in § 35 BGB. getroffen worden ist, dem rechtlichen Aufbau der GmbH. nicht widerspricht[7], kommt § 35 BGB. auch für diese zur Anwendung.

Das wesentliche des Sonderrechts ist dem Worte folgend in seiner Eigenschaft als Vorrecht gegenüber den Rechten anderer Mitglieder zu finden. Ist im Gesellschaftsvertrage einem Gesellschafter ein Vorrecht vor den anderen eingeräumt worden, so hat es im Zweifel als unentziehbares Recht zu gelten[8]. Jedoch ist es auch zulässig, entziehbare Vorrechte zu schaffen. Im einzelnen ist dies Tatfrage und muß sich durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages ergeben[9]. Das Sonderrecht ist demnach eine Abweichung von dem Prinzip der gleichrechtlichen Behandlung[10]. Es kann also nur durch Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag geschaffen werden, da, wie auf S. 53 dargelegt wurde, jede Abweichung von dem Prinzip gleichmäßiger Behandlung rechtsgültig nur durch Aufnahme derselben in den Gesellschaftsvertrag geschehen[11] kann. Dem entspricht andererseits, daß gesellschaftliche Pflichten den Mitgliedern auch nur durch Gesellschaftsvertrag auferlegt werden können[12].

Vielfach wird ersucht, die Zulässigkeit der Schaffung von Sonderrechten mit Hilfe einer Analogie zu § 53, Abs. 3, direkt aus dem GmbH.-Gesetz herzuleiten oder doch durch § 53, Abs. 3, zu stützen[13]. Diese Analogie ist verfehlt. Die Regel des § 53, Abs. 3, besagt, daß dann, wenn die gesellschaftlichen Leistungen einzelner oder auch aller vermehrt[14] werden sollen, die betroffenen Gesellschafter[15] zustimmen müssen. Es ergibt sich also, daß auch dann, wenn für alle eine anteilmäßige Vermehrung der Leistungen vorgesehen, das Prinzip der gleichrechtlichen Behandlung also gar nicht verletzt wird, alle Gesellschafter zustimmen müssen.

---

7) So auch Hachenburg, § 5, Anm. 51, S. 223.
8) A.A. Scholz, a.a.O., § 53, III, 2 S. 535.
9) Vgl. RGZ. 104, S. 256.
10) Ebenso Hachenburg, a.a.O., § 14, Anm. 20, S. 296, der § 53 Anm. 16, S. 218/19 auch § 53, Abs. 3 heranzieht.
11) Vgl. auch Müller-Erzbach, a.a.O. Kap. 65, VIII, S. 336.
12) Vgl. die Ausführungen auf S. 74.
13) Vgl. Scholz, § 53, III, Ia, S. 532; III, 2 Abs. 1, S. 534; RGZ. 76, S. 158; auch Hachenburg, a.a.O., § 14, Anm. 22, S. 299 und § 53, Anm. 16, S. 218/19. Ferner Gierke, Handelsrecht, § 47, X, 1, S. 345.
14) Oder auch neu begründet.
15) Dies können auch alle sein.

Würde man die für die Vermehrung von gesellschaftlichen Pflichten im § 53, Abs. 3, getroffene Regelung analog auf die Verminderung gesellschaftlicher Rechte anwenden, so würde dies heißen, daß eine Schmälerung der gesellschaftlichen Rechte auch dann der Zustimmung der betroffenen Gesellschafter bedarf, wenn hinsichtlich aller Gesellschafter die ihnen zustehenden Rechte auf Gewinnbezug[16] usw. gleichmäßig nach Verhältnis der Anteile herabgesetzt würden. Irgend einen Majoritätsbeschluß nach § 53, Abs. 2, der sich mit gesellschaftlichen Rechten der Mitglieder befaßt, und der nicht zu seiner Gültigkeit der Zustimmung desjenigen, über dessen Rechte Beschluß gefaßt wird, bedürfte, gäbe es dann praktisch nicht. Demnach hätten also alle gesellschaftlichen Rechte der Mitglieder einer GmbH. Sonderrechtscharakter, d. h. sie wären ohne Zustimmung des Berechtigten unentziehbar. Ein satzungsändernder Beschluß mit einer Mehrheit von ¾ der abgegebenen Stimmen, der ohne Zustimmung irgendeines Gesellschafters gültig wäre, würde dann eine seltene Ausnahme bilden, etwa wenn Firma, Sitz oder Gegenstand des Unternehmens geändert werden sollen, also die Rechte und Pflichten (§ 53, Abs. 3) der Gesellschafter speziell nicht berührt werden. Offensichtlich hat aber dem Gesetzgeber ein solcher satzungsändernder Beschluß als Regelfall vorgeschwebt. Aus § 53, Abs. 3, kann also die Zulässigkeit der Schaffung von Sonderrechten nicht hergeleitet werden, da dies zu dem Gesetz widersprechenden Ergebnissen führen würde. Die Regelung in § 53, Abs. 3, ist nur ein Ausfluß der beschränkten Haftung der Gesellschafter[17].

Die Schaffung eines Sonderrechts durch Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag kann entweder bei der Gründung, also einstimmig, oder später durch satzungsändernden Beschluß nach § 53 vor sich gehen. Durch die Entstehung eines Sonderrechts für einen Gesellschafter wird aber das Recht auf gleichmäßige Behandlung aller derjenigen Mitgesellschafter verletzt, die durch den Vorrang des Sonderberechtigten benachteiligt werden. Das Recht auf gleichmäßige Behandlung ist zwar verzichtbar, aber nur durch Zustimmung

16) Vgl. Liebmann-Saenger, a.a.O. § 53, 8 g, S. 281.
17) So Brodmann, a.a.O., § 45, Ziff. 2, S. 180 und auch Feine, a.a.O. S. 596, § 44, V.

des betroffenen Gesellschafters, wie aus § 53, Abs. 3, geschlossen werden muß. Wenn auch aus § 53, Abs. 3, über die Sonderrechte nichts entnommen werden kann, so werden dort doch unzweifelhaft eine große Anzahl von Fällen, in denen eine Verletzung des Grundsatzes gleichmäßiger Behandlung vorliegt, behandelt. So liegt eine solche Verletzung dann vor, wenn nur einzelnen Mitgliedern neue Pflichten auferlegt oder bereits sie treffende vermehrt werden; aber auch dann, wenn zwar allen Mitgliedern Leistungen auferlegt oder bisher sie treffende vermehrt werden, dies jedoch nach einem anderen Maßstabe als nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile vorgenommen wird. Ist in diesen Fällen das Recht auf gleichmäßige Behandlung nur durch Zustimmung der Betroffenen verzichtbar, so muß das gleiche auch für alle anderen Fälle von Verletzungen dieses Rechts gelten[18].

Wird mit Bezug auf ein allen Mitgliedern zustehendes Recht, z. B. das Recht auf Gewinnbezug nach Verhältnis der Geschäftsanteile, einem einzelnen Gesellschafter im Gesellschaftsvertrage Unentziehbarkeit zugesichert, so hat er gerade dadurch ein Vorrecht vor den anderen, deren Rechte durch Beschlüsse, die das Prinzip der Gleichberechtigung waren, geändert werden können. Die Unentziehbarkeit selbst, sonst die Folge eines Sonderrechts, kann also auch ein Recht zum Sonderrecht stempeln. Ebenso gut, wie es aber möglich ist, einem einzelnen Gesellschafter das Gewinnbezugsrecht usw. unentziehbar zuzusichern, muß dies auch bezüglich aller Gesellschafter zulässig sein. Die so gesicherten Rechte sind dann zwar terminologisch keine Sonderrechte mehr, doch erfahren sie praktisch keine andere Behandlung als diese.

Die Frage, welche Wirkung eine in einem Gesellschafterbeschluß enthaltene Verletzung von Sonderrechten oder des Rechts auf gleichmäßige Behandlung für dessen Gültigkeit hat, wird sehr verschieden beantwortet. Beide Arten von Rechten werden in Literatur und Praxis in bezug hierauf richtigerweise stets gleich behandelt. Das hier Maßgebende ist beiden Rechten gemeinsam: Ihre Beeinträchtigung durch die Mehrheit der Gesellschafter ist nur mit Zustimmung

18) Anders anscheinend Hachenburg, a.a.O., § 14, Anm. 21, S. 299, der hier möglicherweise aber auch nur den Fall der Stammkapitalserhöhung meint. („Ausgabe von Vorzugsanteilen"). Ebenso im Ergebnis wie hier Feine, S. 276/77, § 20, III, 2; S. 289, § 20 III, 4 C.

ihres Inhabers möglich[19]. Gleichgelagert ist insofern auch der im § 53, Abs. 3, gedachte Fall.

Ein Gesellschafterbeschluß ist, insoweit als er ein Sonderrecht[20] verletzt, nichtig[21], wobei in Analogie zu § 139 BGB. zu untersuchen ist, ob nicht von dieser Nichtigkeit der ganze Beschluß ergriffen wird[22]. Darauf, ob sich speziell für den Erhöhungsbeschluß bezüglich dieser Frage Besonderheiten ergeben, soll zunächst nicht eingegangen werden.

Staub-Pinner, a.a.O. § 273, Anm. 18, S. 460, nimmt für die Aktiengesellschaft mit den dort Zitierten nur Anfechtbarkeit des Beschlusses durch Anfechtungsklage gemäß § 271 HGB. an. Die Anfechtungsklage des § 271 HGB. ist allerdings im GmbH.-Gesetz nicht erwähnt. Der Uebertragung der für die Aktiengesellschaft aufgestellten Ansicht von Staub-Pinner auf die GmbH. steht aber aus diesem Grunde kein Hindernis entgegen. Die Anfechtungsklage wird als aus einem allgemeinen Prinzip für das Körperschaftsleben entspringend übereinstimmend auch bei Beschlüssen von GmbH.-Gesellschaftern, die gegen Satzung oder dispositive Gesetzesvorschriften verstoßen, gegeben[23]. Staub-Pinner stützt sich allein darauf, daß das Sonderrecht verzichtbar sei und somit der Beschluß gegen dispositives Recht, wohl § 35 BGB., verstoße. Verzichtbar ist dieses Recht aber nur durch Zustimmung des Berechtigten, wie sie auch in § 53, Abs. 3, vorgesehen ist. Dies ergibt sich aus § 35 BGB. deutlich[24]. Dasselbe gilt für das Recht auf gleichmäßige Behandlung, was bereits auf S. 59 aus § 53, Abs. 3, hergeleitet wurde und auch endlich für den Fall des § 53, Abs. 3, selbst. Diese Zustimmung ist aber eine solche, wie der Wortlaut des § 35 BGB. und des § 53, Abs. 3, zeigt, die einen bis dahin schwebend unwirksamen Beschluß vollwirksam macht. Nach allgemeiner Ansicht kann denn auch die Zustimmung sowohl

---

19) Das RG. bezeichnet zuweilen das Recht auf gleichmäßige Behandlung sogar als Sonderrecht. Vgl. z. B. JW. 1906, Nr. 24, S. 238 f. d. Genossenschaft.

20) Wenn in diesem Abschnitt von Verletzung eines Sonderrechts gesprochen wird, so sind in Zukunft der Kürze halber, wenn eine Abweichung nicht besonders betont wird, hierunter auch die Fälle der Verletzung des Rechts auf gleichmäßige Behandlung, unentziehbarer allgemeiner Mitgliedschaftsrechte (vgl. S. 32) und auch Verstöße gegen § 53, Abs. 3 einbegriffen.

21) Ebenso Feine, a.a.O. § 20, III, 4 C, S. 289; § 40, I, 4 S. 547 ff.

22) Aehnlich Scholz, § 45, IV, 3, Abs. 4, S. 452, 453, wenn auch nicht Abs. 1, S. 453.

23) Vgl. § 51 des Genossenschaftsgesetzes. Aus der Praxis s. RGZ. 49, S. 145; 85, S. 312; 101, S. 161.

24) So auch Feine, S. 548, 549, § 40, I, 4.

vor als auch nach der Beschlußfassung abgegeben werden[25]. Die Zustimmung ist auch nicht, wie der Erhöhungsbeschluß selbst, an eine besondere Form gebunden. Eine Anfechtung durch Anfechtungsklage, welche in dem die Rechtsverhältnisse der GmbH. speziell regelnden Gesetze keinen Niederschlag gefunden hat, kann hier also wegen anderweitiger Regelung in diesem Gesetze nicht stattfinden. Nur mangels Anfechtung sonst vollwirksame Beschlüsse können angefochten werden.

Scholz[26], Hachenburg[27] und wohl auch Brodmann[28] nehmen subjektiv-relative Nichtigkeit des Beschlusses an. Wie ein Beschluß, *insoweit*, als er ein Sonderrecht, das Recht auf gleichmäßige Behandlung oder die Regel des § 53, Abs. 3, verletzt, gegenüber dem Verletzten ungültig, gegenüber den anderen Gesellschaftern aber vollgültig sein soll, ist praktisch nicht recht vorstellbar[29]. In RGZ. 85, S. 313, ist auch ganz richtig erkannt, daß eine subjektiv-relative Nichtigkeit eines Beschlusses in der Mehrzahl der Fälle zu „unlösbaren Widersprüchen" führen würde. Hachenburg[30] nimmt denn auch im Falle unlösbarer rechtlicher Schwierigkeiten einfach Nichtigkeit des Beschlusses gegenüber allen Gesellschaftern an. In dem Vorgehen Hachenburgs liegt kein System, das sich aus der bestehenden Rechtsordnung rechtfertigen ließe. Eine Anwendung des in § 139 BGB. enthaltenen Gedankens liegt nicht vor. Es ist eben, wie hier eingangs erwähnt wurde, objektiv-relative Nichtigkeit des Beschlusses unter Anwendung von § 139 BGB. anzunehmen. Feine[31] ist darin zuzustimmen, daß in den Fällen, wo in dem formalen Zustandekommen eines Beschlusses ein Verstoß gegen solche Rechte liegt, die einem Gesellschafter nicht wider Willen entzogen werden dürfen, wie das Recht auf

25) Vgl. RGZ. 68, S. 266, 267 f. d. Akt.Ges.
26) Scholz, a.a.O., § 45, IV, 3, Abs. I, S. 452; § 14, III, 2, Abs. 5, S. 172.
27) Hachenburg, a.a.O., § 14, Anm. 22, S. 299; § 45, Anm. 18, S. 114.
28) Brodmann, a.a.O., § 47, Ziff. 4, 1, S. 196.
29) Bezüglich der Stellungnahme des Reichsgerichts zu dieser Frage wird auf Scholz, a.a.O. § 45, IV 3 Abs. 2, S. 452 verwiesen. Ob das RG. subjektiv- oder objektiv-relative Nichtigkeit annimmt, geht aus den Entscheidungen nirgends klar hervor. In RGZ. 91, S. 324 soll nach Scholz Anfechtbarkeit bei Verletzung eines Sonderrechts anerkannt sein. Darin, daß Nichtaktionäre in einer Gesellschafterversammlung mitstimmen, kann doch aber weder eine Verletzung eines Sonderrechts, noch eine Verletzung des Rechts auf gleichmäßige Behandlung gefunden werden. Diese Rechte haben nur Bedeutung im Verhältnis der Gesellschafter zueinander.
30) Hachenburg, a.a.O. § 53, Anm. 25, S. 222.
31) Feine, a.a.O. § 40, I, 4, S. 547.

Ladung, zum Mitstimmen und auf Redefreiheit, nur Anfechtung durch Anfechtungsklage gegeben ist. In § 35 BGB. sind nur die Fälle gemeint, bei denen durch den Inhalt eines Beschlusses ein Sonderrecht beeinträchtigt wird. Hier liegt aber die Beeinträchtigung lediglich in mangelhafter Vorbereitung der Versammlung und in der Technik der Beschlußfassung selber[32].

Im Erhöhungsbeschluß können nun nicht nur Sonderrechte für die bereits der GmbH. angehörenden Mitglieder, sondern insbesondere auch für diejenigen, welche erst Mitglieder werden sollen, festgesetzt werden. Hinsichtlich der Sonderrechte für die alten Mitglieder gelten die soeben entwickelten Grundsätze. Ueber die Rechte der neu hinzukommenden Mitglieder können vor erfolgter Umgründung überhaupt nur im Erhöhungsbeschluß und in keinem anderen Beschlusse Bestimmungen getroffen werden[33]. Dies liegt in der Natur der Sache. Allgemein wird die Ansicht vertreten, daß für die Festsetzung von Sonderrechten bezüglich der neuen Gesellschafter im Erhöhungsbeschluß die durch § 53, Abs. 2, vorgeschriebene Abstimmungsmehrheit genügt und eine besondere Zustimmung irgend eines Gesellschafters nicht erforderlich sei. Brodmann[34], begründet dies damit, daß die Parität der bisherigen Gesellschafter in ihrem Verhältnis zueinander nicht verletzt werde, während Scholz[35] darauf hinweist, daß § 53, Abs. 3, hier nicht in Betracht käme. Hachenburg[36] meint schließlich, daß eine Verletzung eines Sonderrechts hier nicht vorliege. Ein Sonderrecht der bisherigen Gesellschafter darauf, daß bei einer Kapitalerhöhung den neuen Gesellschaftern keine Vorzugsgeschäftsanteile eingeräumt werden dürften, läßt sich aus dem Gesetz in der Tat nicht herleiten. Auch ist es richtig, daß bei den bisherigen Gesellschaftern eine Leistungsvermehrung durch Einräumung von Vorzugsgeschäftsanteilen an die neuen Mitglieder nicht erfolgt. Dies geht m. E. auch alles an dem Kern der Sache vorbei. Wenn Brodmann sagt, daß die Parität der bis-

---

32) Dies gegen die Bedenken v. Staub-Pinner, a.a.O. § 273, Anm. 18 S. 460.
33) Vgl. Hachenburg, a.a.O., § 55, Anm. 6 a, S. 235.
34) Brodmann, a.a.O. § 5, Ziff. 7, S. 42.
35) Scholz, a.a.O. § 53, III, 1b, S. 533; § 58, VI, Abs. 2, S. 593.
36) Hachenburg, a.a.O. S. 5, Anm. 51, S. 223; § 14, Anm. 21, S. 299; § 53, Anm. 16, S. 218/219.

herigen Gesellschafter nicht verletzt werde, so ist hier der Blickpunkt falsch. Es wird auf die besondere Natur des Erhöhungsbeschlusses als eines auf eine Umgründung abzielenden Beschlusses keine Rücksicht genommen. Im Erhöhungsbeschluß wird unter stillschweigender Bezugnahme auf die alten Satzungen, soweit sie nicht ausdrücklich abgeändert werden, der Inhalt der Satzungen der umgegründeten GmbH. mit den neuen Mitgliedern festgestellt. Es handelt sich also bei der Schaffung von Sonderrechten für die bisherigen oder für die neuen Mitglieder um die Regelung des Verhältnisses *aller* Mitglieder der umgegründeten GmbH. zueinander. Werden also für die neuen Mitglieder im Erhöhungsbeschluß Sonderrechte geschaffen, so muß gefragt werden, ob dadurch die Parität unter den Mitgliedern der umgegründeten GmbH., den bisherigen zusammen mit den neuen, gewahrt wird. Fragt man aber so, dann ergibt sich, daß durch die Schaffung von Sonderrechten der neuen Mitglieder das Recht auf Gleichbehandlung der bisherigen Mitglieder verletzt wird. Es bedarf also grundsätzlich der Zustimmung der bisherigen Gesellschafter, damit der Erhöhungsbeschluß gültig wird. Es muß jedoch gerade hier besonders beachtet werden, daß, wie auf S. 29 ausgeführt wurde, die Wahrung der Einzelinteressen nicht zur mißbräuchlichen Herrschaft über die Gesamtheit führen darf. Denn gerade die Einräumung von Sonderrechten an die Neuübernehmer ist oft das einzige erfolgreiche Lockmittel, um die nötigen Kapitalien aufbringen zu können, welche die in Geldverlegenheit befindliche GmbH. und damit zugleich auch das von den Mitgliedern investierte Kapital noch retten können. Erweist sich also die Einräumung von Sonderrechten in der im Erhöhungsbeschluß festgesetzten Höhe und Art als eine in diesem Sinne unumgängliche Maßnahme, so ist die Zustimmung aller bisherigen Gesellschafter entbehrlich. Es genügt die Dreiviertelmehrheit des § 53, Abs. 2. Ob eine solche Lage gegeben ist, muß von Fall zu Fall geprüft werden. Theoretisch betrachtet bedarf es nach der hier entwickelten Ansicht dann, wenn nur einzelnen neuen Gesellschaftern, einzelnen alten oder allen alten Gesellschaftern im Erhöhungsbeschluß Sonderrechte eingeräumt werden, auch der Zustimmung einzelner oder aller neuen Gesellschafter. Diese liegt aber selbstverständlich bereits in der Ueber-

nahmeerklärung gemäß § 55, die sich ja auf den Erhöhungsbeschluß beziehen muß.

Die Wirkung, welche die Verletzung eines Sonderrechts, des Rechts auf gleichmäßige Behandlung oder eine Verletzung der Regel des § 53, Abs. 3 auf die Gültigkeit des Erhöhungsbeschlusses hat, kann nun nicht dieselbe sein, wie sie bei gewöhnlichen Gesellschafterbeschlüssen einschließlich der satzungsändernden Beschlüsse eintritt. Die Gründe hierfür sind folgende: Anders wie bei den gewöhnlichen satzungsändernden Beschlüssen wird nicht der Erhöhungsbeschluß selbst, sondern die Erhöhung, d. h. das Produkt aller Erklärungen der an der Umgründung Beteiligten, eingetragen. Der Erhöhungsbeschluß muß also in bezug auf die Gültigkeit der Erhöhung teils auch wie eine Gründererklärung behandelt werden. Soweit dies aber eine Abweichung von den gewöhnlichen Regeln, die für satzungsändernde Beschlüsse gelten, nicht bedingt, kommen letztere nach wie vor zur Anwendung. Praktisch heißt dies folgendes. Ob und inwieweit ein Erhöhungsbeschluß gültig ist, entscheidet sich vor der Eintragung der Erhöhung lediglich nach den allgemeinen, für Beschlüsse geltenden Gesichtspunkten. Ist durch die Verletzung eines Sonderrechts, des Prinzips der gleichrechtlichen Behandlung oder der Regel des § 53, Abs. 3 der Erhöhungsbeschluß in seinen für eine Erhöhung unbedingt erforderlichen Bestandteilen, d. i. der Stammkapitalserhöhungsziffer und der Schaffung neuer Stammeinlageverpflichtungen[37], schwebend unwirksam, so muß der Registerrichter die Eintragung der Erhöhung ablehnen[38]. In vielen Fällen wird eine solche Nichtigkeit nicht unmittelbar, sondern auf dem Wege über § 139 BGB. eintreten. Sind z. B. für einen neuen Gesellschafter im Erhöhungsbeschluß Sonderrechte geschaffen worden und ist diese Bestimmung wegen Verletzung des Prinzips gleichmäßiger Behandlung, also mangels Zustimmung eines Betroffenen, nichtig, so wird man oft auch Nichtigkeit der Bestimmung über die Stammeinlagepflicht dieses Gesellschafters annehmen können. Denn die Gewährung von Son-

37) Man denke an den Fall, daß einem Gesellschafter als Sonderrecht zugesichert ist, daß eine Stammkapitalserhöhung nur einmal im Jahre oder nur bis zur Höhe eines bestimmten Betrages erfolgen dürfe.

38) Anders Hachenburg, a.a.O., § 57, Anm. 18, S. 251 für den Fall der Verletzung eines Sonderrechts auf Grund seiner Anschauung, daß der Erhöhungsbeschluß dadurch nur gegenüber dem nichtzustimmenden Verletzten ungültig würde. (Vgl. a.a.O. § 14, Anm. 22, S. 299; § 45, Anm. 18, S. 114.)

derrechten für Uebernehmer ist ja, wie bereits erwähnt, meist das wirtschaftliche Lockmittel, um Kapitalien hereinzubekommen. Die Erhöhung ist dann ohne Entstehung der Sonderrechte nicht gewollt. Ist aber der Erhöhungsbeschluß wegen Verletzung des Prinzips gleichmäßiger Behandlung, eines Sonderrechts oder der Regel des § 53, Abs. 3 nur zu einem Teil nichtig, welcher nicht die beiden notwendigen Bestandteile der Erhöhung, d. h. die Stammkapitalserhöhungsziffer oder die Schaffung neuer Stammeinlageverpflichtungen, enthält, und liegt auch nicht der Fall einer Nichtigkeit des ganzen Beschlusses nach § 139 BGB. vor, so kann und muß der Registerrichter die Erhöhung eintragen. Anders als bei der Gründung berechtigt und verpflichtet hier nicht jeder Verstoß gegen das Gesetz den Registerrichter zur Ablehnung der Eintragung. Dort muß die Gesellschaft (§ 7) und damit die ganze Satzung, nicht nur die nach § 3, Abs. 1 notwendigen Bestimmungen, eingetragen werden, sodaß also jeder Verstoß gegen das Gesetz, mag er notwendige oder nicht notwendige Gründungsbestimmungen betreffen, zur Ablehnung der Eintragung führt[39]. Anders ist dies bei der Erhöhung. Eine Eintragung der Erhöhung des Stammkapitals, d. h. der erhöhten Kapitalsziffer und der neuen Stammeinlageverpflichtungen, ist auch möglich, ohne daß notwendig gleichzeitig die anläßlich der Erhöhung vorgenommenen sonstigen Satzungsänderungen, wie die Schaffung von Sonderrechten oder Sonderpflichten für alte und neue Gesellschafter usw., eingetragen werden müßten (vgl. § 54). Sind also lediglich solche nicht notwendig zu einer Stammkapitalserhöhung gehörenden Teile des Erhöhungsbeschlusses wegen Verletzung eines Sonderrechts usw. nichtig, so läßt sich wegen dieser Mängel des Erhöhungsbeschlusses eine Ablehnung der Eintragung der Erhöhung nicht rechtfertigen.

Hat der Registerrichter in einem solchen Falle auch die nichtigen Satzungsänderungen miteingetragen, so ist die Erhöhung gültig und die eingetragenen nichtige Satzungsänderungen bleiben nichtig. Denn eine Satzungsänderung wird durch Eintragung nach § 54 nur dann wirksam, wenn sie auch sonst gültig war. Die Löschung im Register kann nach § 144, Abs. 2 erfolgen[40]. Hat der Registerrichter die Erhöhung ein-

39) Vgl. Scholz, a.a.O. § 7, I, S. 131/132.
40) Vgl. Scholz, a.a.O., § 7, I, 7, Abs. 2, S. 132.

getragen, obgleich auch die notwendigen Bestandteile der Erhöhung nach § 139 BGB. nichtig waren, so ist auch in diesem Falle die eingetragene Erhöhung als gültig anzusehen. Wie bei der Urgründung tritt auch bei der Umgründung in Analogie zu § 75 nur dann durch Nichtigkeitsklage nach § 75 GmbH.-Gesetz, §§ 272, 273 HGB. geltend zu machende Nichtigkeit ein, wenn die Bestimmungen im Erhöhungsbeschluß über die Stammkapitalserhöhungsziffer oder die neuen Stammeinlageverpflichtungen wegen eines sie unmittelbar betreffenden Mangels ungültig sind[41]. Sind diese Bestimmungen nur deshalb nichtig, weil wegen Nichtigkeit sonstiger, gleichzeitig im Erhöhungsbeschluß vorgenommener Satzungsänderungen der ganze Erhöhungsbeschluß nach § 139 BGB. nichtig ist, so sind sie nach Eintragung der Erhöhung im Sinne des § 75 trotzdem als gültig anzusehen. Dies ist für die Gründung allgemein anerkannt und wird dort als der eigentliche Sinn des § 75 bezeichnet[42]. Hachenburg, a.a.O. § 57, Anm. 16, S. 251 läßt dies, nach seinem Standpunkt richtig, für die Erhöhung nicht gelten. Da nach ihm nur der Erhöhungsbeschluß und nicht die Erhöhung eingetragen wird, und er den Erhöhungsbeschluß wie jeden anderen satzungsändernden Beschluß behandelt, läßt er trotz Eintragung die Erhöhung ungültig sein und hält eine Löschung des Erhöhungsbeschlusses nach § 144 RFG. für möglich.

Nach der hier vertretenen Auffassung über die juristische Natur der Erhöhung des Stammkapitals wird die Erhöhung im Gegensatz zur herrschenden Ansicht[43] auch durch Mängel in den Uebernahmeerklärungen, welche sich auf die analog zu § 3, Abs. 1 Ziff. 3 und 4 für die Erhöhung notwendigen Bestimmungen beziehen, nach § 75 ungültig. Dies mußte stets auch für die Fälle, in denen sich die Mängel schon aus dem Inhalt der Uebernahmeerklärungen ergeben, wohl mit einigem Unbehagen deshalb geleugnet werden, weil sich aus dem Gesetz ergeben soll, daß nicht die Erhöhung, sondern nur der Erhöhungsbeschluß eingetragen zu werden brauche. So konnte den Uebernahmeerklärungen mit Unrecht bei dem Erhöhungsvorgang nur eine rechtlich sehr untergeordnete

41) Vgl. § 3, Abs. 1, Ziff. 3 und 4 für die Gründung.
42) Vgl. z. B. Hachenburg, a.a.O. § 2, Anm. 46, S. 123 und die dort zitierten Reichsgerichtsentscheidungen.
43) Vgl. u. a. Scholz, a.a.O., § 57, VII, 2, Abs. 1, S. 572; Hachenburg, a.a.O. § 57, Anm. 19, S. 251; Brodmann, a.a.O. § 58, Ziff. 1, S. 224. Anders: Crüger-Crecelius, § 55, Ziff. 2, S. 280.

Rolle zugewiesen werden. Im Hinblick auf die Wichtigkeit, welche den Gründererklärungen für die Gültigkeit der Gründung zukommt und auch beigemessen wird, läßt sich dies kaum rechtfertigen.

§ 7:

Das Recht auf Geschäftsführung.

Nach § 6 muß die GmbH. einen oder mehrere Geschäftsführer haben. Zu Geschäftsführern können Gesellschafter oder anderePersonen bestellt werden. DieBestellung ist nicht gleichbedeutend mit dem Abschluß des Dienstvertrages zwischen GmbH. und Geschäftsführer, kraft dessen dieser zur Ausführung der einem Geschäftsführer obliegenden Geschäfte verpflichtet ist. Die Bestellung macht ihn vielmehr zum Gesellschaftsorgan, d. h. wenn er für die Gesellschaft handelt, so hat das die in den §§ 35 bis 37 niedergelegte Wirkung.

Ein Recht auf eine solche Organschaft als Geschäftsführer kann den Gesellschaftern im Statut als Sonderrecht eingeräumt werden (vgl. § 6, Abs. 3), hat aber dann die Besonderheit, daß das Recht wegen des zwingenden Charakters des § 38, Abs. 2 bei wichtigem Grund durch Widerruf ungestraft verletzt werden kann. Insofern steht also § 38, Abs. 2 dem § 35 BGB. entgegen[44]. Das Bestehen eines Rechts auf eine solche Organschaft darf aber nicht immer schon dann angenommen werden, wenn ein Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag[45] zum Geschäftsführer bestellt worden ist. Vielmehr bedarf es zu dieser Annahme besonderer, aus dem Gesellschaftsvertrage sich ergebender Anhaltspunkte.

Die Begründung eines Sonderrechts auf Organschaft als Geschäftsführer kann im Erhöhungsbeschluß sowohl für die alten, als auch für die hinzutretenden neuen Gesellschafter erfolgen. Eine Begründung von Sonderrechten für die alten Gesellschafter nach Fassung des Erhöhungsbeschlusses mit Wirkung für die durch Kapitalserhöhung umgewandelte GmbH. ist nicht angängig. Das gleiche gilt für die Schaffung von Sonderrechten der Uebernehmer. Für unzulässig ist es auch zu halten, wenn für die Uebernehmer bereits in einem

44) Vgl. die Ausführungen auf S. 29/30.

45) Die Bestellung kann auch nach den §§ 6, Abs. 2, 46, Ziff. 5, 47 durch einfache Beschlußfassung der Gesellschafter oder auch auf anderem Wege nach etwaigen besonderen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages (§ 45, Abs. 1) erfolgen.

Beschlusse zeitlich vor dem Erhöhungsbeschluß Sonderrechte geschaffen werden. Denn nur im Erhöhungsbeschluß haben die Gesellschafter über die Rechte der Uebernehmer ein Bestimmungsrecht. Dies kann auch nicht durch § 6, Abs. 3 in Zweifel gestellt werden. § 6. Abs. 3 enthält eine Auslegungsregel[46] dahingehend, daß eine Gesellschaftsvertragsklausel, in der bestimmt wird, daß sämtliche Gesellschafter zur Geschäftsführung berechtigt sein sollen, so auszulegen ist, daß nur die bei Festsetzung dieser Bestimmung der Gesellschaft angehörenden Personen gemeint sein sollen. Damit ist allerdings andererseits die Möglichkeit zugegeben, daß der Gesellschaftsvertrag auch eine dahinlautende Bestimmung enthalten kann, daß anderen Gesellschaftern als denen, welche bei Festsetzung der Bestimmung der Gesellschaft angehören, ein Sonderrecht auf Geschäftsführung zugestanden werden kann[47]. Hiermit sind aber nur die auf dem Wege über §§ 15 und 17 durch Abtretung und Teilung von Geschäftsanteilen in die Gesellschaft Eintretenden gemeint. Dies ist nichts Besonderes. In einem Falle[48] ist eben das Sonderrecht ein mit der Person der z. Zt. der Festsetzung der Gesellschaft angehörenden Mitglieder festverknüpfter Bestandteil der Geschäftsanteile, während es andernfalls lediglich Bestandteil der Geschäftsanteile ist, ohne an die Person des Inhabers geknüpft zu sein. In jedem Falle haben also die Gesellschafter nur das Recht, etwas über bereits vorhandene Mitgliedschaften zu beschließen. Eine Ausnahme machen nur die Gründerversammlung und die zum Zwecke einer Stammkapitalserhöhung zusammengetretene Gesellschaftsversammlung. Ohne besondere Erwähnung im Erhöhungsbeschluß können also die Uebernehmer von Stammeinlagen ein Sonderrecht auf die Organschaft als Geschäftsführer nicht erlangen.

§ 8.

Das Bezugsrecht.

Im GmbH.-Gesetz ist ein gesetzliches Bezugsrecht, wie es im § 282 HGB. für die Aktiengesellschaft geschaffen worden

46) Vgl. Hachenburg, a.a.O. § 6, Anm. 6, S. 230.

47) So auch Merzbacher-Krakenberger, a.a.O. § 6, Anm. 5. A.A. Liebmann, Saenger, a.a.O. § 6, Anm. 7, S. 66. Seine Gründe sind nicht durchschlagend. Will man vermeiden, daß ein austretender Gesellschafter der GmbH. einen neuen Geschäftsführer aufzwingen kann, so braucht man ja eine solche Bestimmung, von der Liebmann-Saenger ausgeht, nicht im Gesellschaftsvertrage zu treffen.

48) § 6, Abs. 3.

ist, nicht vorgesehen. Statutarisch kann jedoch ein Recht zum Erwerbe eines neuen Geschäftsanteiles bei Kapitalserhöhung als Mitgliedschaftsrecht begründet werden. Steht ein solches Bezugsrecht nur einem einzelnen zu, so ist es im Zweifel ein Sonderrecht[49]. [50]Aber auch sonst kann sich aus dem Gesellschaftsvertrage ergeben, daß es sich um ein Sonderrecht handeln soll[49].

Es ist zwar nicht unzweifelhaft, ob das einem Mitgliede zustehende Bezugsrecht nicht nur ein Recht ist, wie es jeder Außenstehende einer GmbH. gegenüber haben kann. Anders als bei der Aktiengesellschaft (§ 283 HGB.) ist für die GmbH. die Begründung eines Bezugsrechts auch für jeden Nichtgesellschafter ohne Beschränkung zulässig[51]. Die Verletzung eines solchen Bezugsrechts kann aber nur zum Schadensersatz führen. Hieraus ist jedoch nicht zu folgern, daß die Verletzung des einen Gesellschafter als solchem unentziehbar zustehenden Bezugsrechts auch nur eine Schadensersatzpflicht der GmbH. nach sich zieht[52], und das Recht somit nicht mehr als Sonderrecht anzusehen wäre. Schon das Bezugsrecht eines Nichtgesellschafters ist anders geartet, wie etwa ein obligatorischer Anspruch desselben gegen die GmbH. aus Kaufvertrag. Die Erfüllung des Bezugsrechts ist, sowohl wenn der Außenstehende als auch wenn das Mitglied der Berechtigte ist, die Zulassung seitens der GmbH. zur Uebernahme einer Stammeinlage, mithin ein körperschaftlicher Akt. Ist ein Mitglied der Berechtigte, so dient das Recht zur Wahrung seiner gesellschaftlichen Position, fällt also völlig in die Körperschafts- bezw. Mitgliedssphäre. Ein solches Bezugsrecht ist ein echtes Mitgliedschaftsrecht. Ohne Bedeutung ist es, daß das Recht sich erst in der umgegründeten GmbH. verwirklicht. Durch

49) Vgl. die Ausführungen auf S. 30 und 32.

50) Vgl. Scholz, a.a.O. § 33, IV, 2 f, 349; § 55, III; 2 Abs. 2, S. 553; Feine, a.a.O. S. 607, § 45, III; Liebmann, Saenger, a.a.O., § 55, Ziff. 8, S. 289; Hachenburg, a.a.O. § 55, Anm. 14, S. 237.

51) Dafür Scholz, a.a.O. § 55, II, 2 S. 549; III, 2, Abs. 2, S. 553; wohl auch Hachenburg, a.a.O. § 55, Anm. 34, S. 243 und § 5, Anm. 58, S. 226. Dagegen: Brodmann, a.a.O. § 55, Ziff. 3 a, S. 220. Wenn der Geschäftsführer ein solches Bezugsrecht zusichert, so bindet er aber doch die Gesellschafterversammlung in keiner Weise. Die GmbH. muß lediglich nach den gewöhnlichen Regeln des BGB. Schadensersatz leisten, wenn es dem Geschäftsführer nicht gelingt, die Gesellschafter zu einer entsprechenden Zuteilung zu bewegen.

52) So Scholz, a.a.O., § 55, III, 2, Abs. 2, S. 553, der trotzdem das Bezugsrecht noch als Sonderrecht bezeichnet. Diese Ansicht läßt sich wohl nur dadurch erklären, daß er a.a.O. § 55, III, 1, S. 552 einen Beschluß der Gesellschafter über die Zulassung eines neuen Mitglieds für unzulässig hält, da nach ihm nur die Geschäftsführer zur Zulassung befugt sind. Uneinheitlich Hachenburg, a.a.O. § 55, Anm. 34, S. 243/44 und § 5, Anm. 58, S. 226.

die Stammkapitalserhöhung entsteht trotz des ihr zukommenden, hier wiederholt betonten gründungsähnlichen Charakters keine neue juristische Person. Es handelt sich eben nur um eine Umgründung. Die Kontinuität der GmbH. bleibt gewahrt.

Bei Verletzung des Sonderrechts eines Gesellschafters auf Bezug von neuen Geschäftsanteilen durch Zulassung von anderen Personen als dem Berechtigten ist der betreffende Erhöhungsbeschluß und somit die Erhöhung auch selbst noch nach Eintragung schwebend unwirksam. Die Unwirksamkeit kann durch Zustimmung des Verletzten, die auch noch nach Eintragung erteilt werden kann, geheilt werden. Dies ist bereits allgemein für Sonderrechte ausgeführt worden. Ein Bezugsrecht ist in dem Falle, in welchem der Berechtigte keine oder nicht die seinem Rechte entsprechende Anzahl von Geschäftsanteilen zugeteilt erhalten hat, stets durch alle Zulassungen von anderen als dem Sonderberechtigten verletzt. Denn man kann nicht sagen, daß gerade durch die Zulassung eines bestimmten Uebernehmers dem Sonderberechtigten der ihm auf Grund seines Bezugsrechts zustehende Geschäftsanteil entzogen worden ist. Dies ist für diejenigen wichtig, welche die Gültigkeit der Erhöhung bzw. der Gründung von der Zahl der gültigbleibenden Stammeinlageverpflichtungen, bzw. ob alle, oder alle bis auf eine[54], oder die Mehrzahl[55] der Zulassungen schwebend unwirksam sind. Der Registerrichter muß die Eintragung der Erhöhung bereits ablehnen, wenn auch nur eine[56] der analog zu § 3 Abs. 1, Ziff. 4, bei der Erhöhung in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmenden Bestimmungen nichtig ist. Denn schon dann ist die Erhöhung in Analogie zu § 75 nichtig. Ein solcher Fall liegt aber vor, wenn eine neue Stammeinlageverpflichtung wegen Nichtigkeit oder

---

53) So Brodmann, a.a.O., § 5 Anm. 3, S. 37; § 75 Anm. 1, S. 274 und Hachenburg, a.a.O. § 2, Anm. 47, S. 124.

54) Vgl. Hachenburg, a.a.O. § 2, Anm. 47, S. 124, für die Gründung.

55) Vgl. Brodmann, a.a.O. § 5, Anm. 3, S. 37; § 75, Anm. 1, S. 274 für die Gründung.

56) Vgl. Scholz, a.a.O. § 75, IV, 4 Abs. 2, S. 709/710; Liebmann-Saenger, § 2, Anm. 12 a, b, S. 28—30; Neukamp, a.a.O. S. 43. Hachenburg (S. Anm. 1) läßt nur die Beitrittserklärung ungültig, dagegen die GmbH.-Gründung gültig sein. Er behauptet, daß es zu praktisch unannehmbaren Ergebnissen führen würde, wenn man auch dann die GmbH.-Gründung für nichtig halte, wenn nur einzelne Stammeinlageverpflichtungen wegen nicht aus dem Inhalt der Satzung zu ersehender Mängel nichtig seien. Diese Behauptung widerlegt Brodmann (s. Anm. 2) mit guten Gründen. Aber auch er kommt zu einem mit Bezug auf die Rechtssicherheit unannehmbaren Ergebnis.

schwebender Unwirksamkeit der Zulassung, einer zu ihrer Entstehung erforderlichen Willensäußerung, nichtig, bzw. schwebend unwirksam ist[57].

§ 9:

Erschwerung der freien Abtretbarkeit und Erleichterung der Teilbarkeit von Geschäftsanteilen.

Nach § 15, Abs. 1, sind die Geschäftsanteile der Gesellschafter einer GmbH. grundsätzlich frei veräußerlich. Jedoch kann nach Absatz 5 dieses Paragraphen ihre Abtretung durch Bestimmung im Gesellschaftsvertrage an weitere Voraussetzungen geknüpft, insbesondere von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht werden. Solche Erschwerungen sind in der Praxis außerordentlich beliebt, zumal es sich bei Errichtungen von Gesellschaften m. b. H. oft um Familiengründungen handelt[58]. Nach herrschender Ansicht in Praxis und Wissenschaft haben die Gesellschafter auf freie Veräußerlichkeit ihrer Geschäftsanteile ein Recht, daß ihnen ohne ihre Zustimmung nicht entzogen werden kann[59]. Es wird daraus geschlossen, daß eine Einschränkung der freien Veräußerlichkeit nur anläßlich der Entstehung der Geschäftsanteile erfolgen könne. Eine Einführung von Erschwerungen durch nachfolgende Statutenänderungen sei nur bei Zustimmung der Betroffenen möglich. Eine Entstehung von Geschäftsanteilen bei einer GmbH. ist nun neben der Gründung nur bei einer Kapitalerhöhung denkbar, sodaß der Kapitalerhöhungsbeschluß nach der oben wiedergegebenen Ansicht, wenn er nicht für die neuen Uebernehmer ein Sonderrecht auf freie Veräußerlichkeit schaffen will, bereits etwa gewollte Einschränkungen enthalten muß[60].

Dieser Ansicht kann aber nicht beigetreten werden. Feine[61] sieht zwar die freie Veräußerlichkeit nicht als ein Sonderrecht an, will aber die Unentziehbarkeit daraus herleiten, daß es sich hier um ein der Verbandssphäre entrücktes, der Sonder-

57) Vgl. § 4 S. 13, 14 dieser Arbeit.
58) Vgl. Feine, a.a.O., § 1, II, S. 23.
59) So Feine a.a.O. § 28, V, S. 385; § 20, III, 4 B δ, S. 285; Hachenburg, a.a.O. § 15, Anm. 50, S. 332; Brodmann, a.a.O. § 15, Ziff. 5 i, S. 79; Liebmann-Saenger, a.a.O. § 15, Ziff. 17, S. 110/111; Crüger-Crecelius, § 15, Ziff. 8 S. 149; RGZ. 68 S. 212; OLG. Respr. 32,. S. 137.
60) So Hachenburg, a.a.O. § 15, Anm. 50, S. 332; Liebmann-Saenger, a.a.O. § 15, Ziff. 17, S. 110/111; Feine, a.a.O. § 28, V, S. 385.
61) Feine, a.a.O. § 28 V, S. 385, § 20, III, 4. B δ S. 285; § 20 III, 1, S. 272

sphäre des Einzelnen angehörendes Recht handelt. Eine solche Unterscheidung ist im § 6 dieser Arbeit nicht gebilligt worden. Man kann sie schon deshalb nicht vornehmen, weil es zu sehr dem Geschmack überlassen bleibt, wann ein Recht der „Sondersphäre" angehört, der „Verbandssphäre" entzogen ist. Warum dies bei den einzelnen, von Feine beispielsweise vorgetragenen Fällen so sein soll, begründet auch Feine kaum, sondern ordnet im wesentlichen einfach ein. Eine derartige Klassifizierung ist für die Rechtssicherheit zu gefährlich. Wenn Feine[62] weiter ausführt, daß dem Gesellschafter deshalb die Veräußerungsmöglichkeit nicht nachträglich erschwert, weiter erschwert oder genommen werden dürfe, weil die Veräußerung bei der GmbH. die einzige Möglichkeit für den Gesellschafter bedeute, sich seiner Beteiligung zu entledigen, so erscheint dieses Argument nicht sonderlich überzeugend. Der Gesellschafter kann sich sichern, indem er sich die freie Veräußerlichkeit als unentziehbares Recht zubilligen läßt.

Warum sonst schlechthin, ohne daß dies aus dem Statut hervorginge, die freie Veräußerlichkeit den Gesellschaftern als ein Sonderrecht zustehen soll, ist nicht recht erfindlich[63]. Auch eine Verletzung des Prinzips der gleichrechtlichen Behandlung liegt nicht vor, wenn nicht gerade die Veräußerung nur einzelner Geschäftsanteile nachträglich durch Satzungsänderung erschwert werden soll, was unter Zustimmung der Benachteiligten für zulässig zu erachten ist. Auch § 53, Abs. 3, kann hier nicht herangezogen werden. Eine nachträgliche Einführung von Erschwerungen gemäß § 15, Abs. 5, durch Satzungsänderung ist also für zulässig zu halten, sodaß dem Erhöhungsbeschluß nicht die vorerwähnte erhöhte Bedeutung für die Erschwerung der Abtretbarkeit zukommt.

Das Gesetz bietet keinen Anhalt dafür, daß eine eingeführte Erschwerung der Abtretbarkeit allen Gesellschaftern gleichmäßig auferlegt werden müsse. Dies erkennen auch Liebmann-Saenger[64], Feine[65] und Hachenburg[66] mittelbar an, indem sie eine Auferlegung von Erschwerungen a l l e i n für

62) Feine, a.a.O. § 20, III, 4 B.
63) So auch Scholz, a.a.O. § 53, III 2, Abs. 4. S. 536 und § 15, V, 2 a, Abs. 2 S. 192 und OLG. Dresden in OLG. Rspr. 9, S. 267.
64) Liebmann-Saenger, a.a.O. § 15, Ziff. 17, S. 110/111.
65) Feine, a.a.O. § 28, V, S. 385.
66) Hachenburg, a.a.O. § 15, Anm. 50, S. 332.

die durch Kapitalserhöhungen neugeschaffenen Geschäftsanteile im Erhöhungsbeschluß zulassen. Ob sie auch dann noch, wenn den alten Gesellschaftern bereits allgemein und gleichmäßig Erschwerungen auferlegt sind, eine besondere Begründung derselben Erschwerungen für die neuen Uebernehmer im Erhöhungsbeschluß verlangen, geht aus ihren Ausführungen nicht hervor. Für diese Frage muß zwischen solchen statutarischen Bestimmungen, die der GmbH. ihr Gepräge aufdrücken und somit unabhängig davon, ob der Mitgliedschaftsbestand durch Stammkapitalserhöhung größer wird, schlechthin Gültigkeit für alle Mitglieder haben, und solchen, die nur auf die einzelne Mitgliedschaft abgestellt sind, unterschieden werden. Bei den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über Firma, Sitz, Geschäftsgegenstand, Lebensdauer und besondere Auflösungsgründe der GmbH.[67], Abstimmungserschwerungen oder -erleichterungen[68], Einführung eines Aufsichtsrats u. a. m., liegt es auf der Hand, daß diese zu der ersten Gruppe von Satzungsbestimmungen gehören. Einmal eingeführt, gelten sie, ohne daß ihrer im Erhöhungsbeschluß Erwähnung getan zu werden brauchte, auch für die hinzutretenden Mitglieder. Bei solchen Bestimmungen jedoch, die ihrer Natur nach aber auch nur einzelne Mitgliedschaften betreffen könnten, wie z. B. die hier behandelte Auferlegung von Erschwerungen für die Abtretbarkeit oder die Auferlegung von Nachschußpflichten und besonderen Leistungen gemäß § 3, Abs. 2, ist es zweifelhaft, in welche Gruppe sie einzureihen sind. Der Gesetzgeber hat hier die Wahl gehabt, die Einführung solcher Bestimmungen im Statut entweder nur mit ausnahmsloser Wirkung für alle gegenwärtigen und zukünftigen Mitgliedschaften zu gestatten oder es auch zuzulassen, daß sie für einzelne Gesellschafter allein eingeführt werden dürfen.

Nach dem GmbH.-Gesetz kann nun, wie bereits oben dargelegt wurde, auch nur einzelnen Mitgliedern durch Satzungsbestimmung die Abtretbarkeit ihrer Geschäftsanteile erschwert werden. Daraus aber, daß den Gesellschaftern durch das Gesetz kein Zwang zur ausnahmslosen Erschwerung der Abtretbarkeit auferlegt worden ist, muß entnommen werden, daß sie auch nicht berechtigt sein sollen, eine sich auf alle

67) Vgl. § 60 Abs. 1, Ziff. 1; Abs. 2.
68) Vgl. §§ 60 Abs. 1, Ziff. 2; Abs. 2, S. 2.

gegenwärtigen und zukünftigen Mitglieder beziehende, die Erschwerung der Abtretbarkeit einführende Organisationsnorm zu schaffen. Selbst wenn also im Statut vor der Erhöhung des Stammkapitals bereits für alle Mitgliedschaften gleichmäßig Erschwerungen eingeführt worden sind, werden die neuen, durch Erhöhung hinzutretenden Mitglieder nicht davon betroffen, es sei denn, daß die fragliche Satzungsbestimmung durch Bestimmung im Erhöhungsbeschluß auch auf sie ausgedehnt wird.

Auch die Teilabtretung ist über das im allgemeinen zwingende Erfordernis der schriftlichen Genehmigung der Gesellschaft[69] hinaus durch Gesellschaftsvertrag erschwerbar. Denn was für die Vollabtretung möglich ist, muß auch für die Teilabtretung möglich sein. Es können z. B. die im § 17, Abs. 4, enthaltenen Bestimmungen über die Höhe des Teils[70] und über die für den Teil maßgebende Teilungsziffer (§ 5, Abs. 3) verschärft werden. Hinsichtlich der Möglichkeit der Einführung solcher Erschwerungen durch Satzungsänderung muß wegen Gleichheit des rechtlichen Grundes ebenso wie bei der Vollabtretung entschieden werden[71]. Das gleiche gilt für die Frage, ob auch dann, wenn bereits allen alten Gesellschaftern gleichmäßig Teilbarkeitserschwerungen auferlegt worden sind, eine Festsetzung dieser Erschwerungen im Erhöhungsbeschluß für die neuen Uebernehmer, falls diese auch davon getroffen werden sollen, nötig ist.

Nach § 17, Abs. 3, kann die bei Teilung eines Geschäftsanteils an sich erforderliche gesellschaftliche Genehmigung für den Fall der Teilveräußerung an andere Gesellschafter sowie für Teilung von Geschäftsanteilen verstorbener Gesellschafter unter deren Erben durch Bestimmung im Gesellschaftsvertrag entbehrlich gemacht werden. Erfolgt diese Erleichterung nur für die Anteile einzelner Gesellschafter, so ist darin allerdings die Einräumung eines Sonderrechts zu sehen, da diesen dadurch eine Vorrangstellung den anderen Gesellschaftern gegenüber geschaffen wird[72]. Werden aber alle Gesellschafter von den Erleichterungen betroffen, so ist

69) Ausnahmen § 17, Abs. 3.
70) Vgl. § 5, Abs. 1.
71) Auch hier anders Feine, a.a.O. § 29, II, S. 403 und Hachenburg, a.a.O. § 17, Anm. 24, S. 381. Dafür Scholz, § 17, III, 5, S. 230 und auch OLG. Dresden, in OLG. Rspr. 9, S. 267.
72) Vgl. die Ausführungen auf S. 30.

ihnen kein Sonderrecht entstanden und mangels einer besonderen Satzungsbestimmung auch kein unentziehbares allgemeines Mitgliedschaftsrecht. Im letzteren Falle bedarf es nur dann eines satzungsändernden Beschlusses, wenn der Genehmigungszwang wieder eingeführt werden soll[73]. Sollen die allgemein eingeführten Erleichterungen auch den neuen Uebernehmern bei einer Kapitalserhöhung zugute kommen, so müssen die Erleichterungen, ebenso wie bei der Erschwerung der Abtretbarkeit die Erschwerungen, im Kapitalserhöhungsbeschlusse festgesetzt werden. Auch § 17, Abs. 3, läßt nicht nur ausschließlich eine ausnahmslose Erleichterung zu[74], so daß durch allgemeine Einführung von Erleichterungen eine schlechthin für alle gegenwärtigen und zukünftigen Mitgliedschaften gültige Organisationsnorm nicht geschaffen wird.

§ 10:

Bezugszwang.

Die Stammkapitalserhöhung ist ein beliebtes Mittel zum Zwecke der Sanierung der GmbH. Um zu erreichen, daß möglichst viele Stammeinlagen übernommen werden, wird oft versucht, auf die alten Gesellschafter einen mittelbaren Zwang zur Uebernahme neuer Geschäftsanteile auszuüben. Ein zu diesem Zwecke häufig eingeschlagener Weg ist der, den alten Gesellschaftern für den Fall der Uebernahme neuer Geschäftsanteile Vorzugsrechte für die alten Anteile im Erhöhungsbeschluß zu gewähren. Auch wird häufig den Gesellschaftern, die keine neuen Stammeinlagen übernehmen, eine stärkere Zusammenlegung ihrer Geschäftsanteile als denjenigen, welche Stammeinlagen übernehmen, angedroht.

Brodmann[75] führt in seinem im Anschluß an den in RGZ. 76, S. 155 ff., behandelten Fall angestellten Erörterungen aus, daß es sich hier stets um eine mittelbare Vermehrung von gesellschaftlichen Pflichten handele, die auch unter die Regel des § 53, Abs. 3, falle. Es kann nun zwar nicht bestritten werden, daß der Zweck solcher Manipulationen, wie schon eingangs erwähnt wurde, der ist, der Gesellschaft neue Mittel zuzuführen, d. h., die alten Gesellschafter zu zwingen, gemäß

73) A.A. Hachenburg, a.a.O. § 17, Anm. 16, S. 378.
74) Gleicher Ansicht Hachenburg, a.a.O. § 17, Anm. 16, S. 378.
75) A.a.O. § 53, Ziff. 4, e, S. 215.

§ 55, Abs. 2, neue Einlageverpflichtungen zu übernehmen. Die Auffassung, daß in einem solchen Beschlusse eine Vermehrung gesellschaftlicher Pflichten nach § 53, Abs. 3, zu erblicken ist, muß jedoch abgelehnt werden. Stammeinlageverpflichtungen fallen nicht unter die im § 55, Abs. 3, erwähnten „Leistungen". Die Begründung einer neuen Mitgliedschaft[76] für einen alten Gesellschafter kann nicht als eine „Vermehrung der diesem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage obliegenden Leistungen" aufgefaßt werden. In § 53, Abs. 3, wird das Bestehen einer Mitgliedschaft vorausgesetzt, deren Mindestbestandteil an gesellschaftlichen Pflichten doch die Stammeinlagenverpflichtung ist, und es wird an den Fall gedacht, daß eine Vermehrung nach der Pflichtenseite hin stattfinden soll. Brodmann läßt außer acht, daß der alte Gesellschafter, der eine neue Stammeinlage übernimmt, nicht seine alten Gesellschaftsverpflichtungen dadurch vermehrt, sondern einen neuen Geschäftsanteil erwirbt[76]. In einem solchen Verfahren liegt jedoch eine Verletzung des Rechts auf Gleichbehandlung der Gesellschafter. Sollen überhaupt alte Gesellschafter zur Uebernahme neuer Stammeinlagen zugelassen werden, so muß dies unter gleichen Bedingungen nach Verhältnis der Geschäftsanteile geschehen. Rein äußerlich gesehen mögen an sich gleiche Bedingungen für den Erwerb von Vorzugsrechten für alle Gesellschafter in den hier erörterten Fällen vorliegen. In Wirklichkeit ist aber derjenige, der kein Geld mehr in der GmbH .investieren will oder kann, von dem Erwerb von Vorzugsrechten ausgeschlossen[77]. Auch solche mittelbaren Verstöße gegen den Grundsatz gleichrechtlicher Behandlung sind m. E. nach den auf S. 28/29 über den Inhalt des Grundsatzes gleichrechtlicher Behandlung gemachten Ausführungen nur dann zu gestatten, wenn die ungleiche Behandlung durch die mißliche pekuniäre Lage der Gesellschaft oder sonstige überragende gesellschaftliche Gemeininteressen gebieterisch gefordert wird. Fischer[78] setzt bei seinen Untersuchungen über die einzelnen, am häufigsten bei Sanierungen eingeschlagenen Wege voraus, daß der einzelne Gesellschafter sich stets bei bestimmten, für die Gesellschafter verhältnismäßig am unschädlichsten Arten

76) Siehe § 55, Abs. 3.
77) A.A. Gierke, Handelsrecht, a.a.O. § 45, II, 3 a, S. 285.
78) Fischer a.a.O. S. 349 ff.

von Sanierungen durch Kapitalserhöhungen eine Verletzung seines Rechts auf Gleichbehandlung gefallen lassen müsse, da hier immer das Gesellschaftsinteresse dem Einzelinteresse vorgehe. Diesen Ausführungen kann nicht in vollem Umfange zugestimmt werden. Nur bei der oben angedeuteten Lage der Dinge braucht sich das einzelne Mitglied eine Verletzung seines Rechts auf Gleichbehandlung durch mittelbaren Zahlungszwang anläßlich einer Kapitalserhöhung gefallen zu lassen. Liegt es so, d a n n muß überdies auch noch die Art und Weise des Zahlungszwanges gewählt werden, bei welcher der Gesellschafter, der nicht zuzahlen will, am wenigsten geschädigt wird. Bezüglich der für diese Frage maßgebenden Gesichtspunkte wird auf die ausgezeichneten Ausführungen Fischers a.a.O. verwiesen. Die Verletzung des Prinzips der gleichmäßigen Behandlung im Erhöhungsbeschluß durch Statuierung mittelbaren Bezugszwanges hat mangels Zustimmung der Verletzten schwebende Unwirksamkeit des Erhöhungsbeschlusses und der ganzen Erhöhung zur Folge. Daran ändert auch die Eintragung der Erhöhung nichts. Die unter Verletzung des Rechts auf gleichmäßige Behandlung bisheriger Gesellschafter erfolgten Zulassungen alter Gesellschafter zur Uebernahme von Stammeinlagen sind schwebend unwirksam. Dies zieht nach § 75 Unwirksamkeit der ganzen Erhöhung nach sich[79]. Auch Feine[80] weist darauf hin, daß dann, wenn die Zulassungen durch die Gesellschafterversammlung im Erhöhungsbeschluß erfolgen[81], sie unter Wahrung des Grundsatzes der gleichmäßigen Behandlung zu erfolgen hätten. Er läßt jedoch a.a.O, einen Schluß dahin vermissen, welche Folgen er einer solchen Verletzung beimißt. Was er[82] allgemein für alle Beschlüsse bei Verletzung des Prinzips der gleichmäßigen Behandlung annimmt, wird er wohl auch für den Erhöhungsbeschluß in dem hier erörterten Falle gelten lassen wollen, d. h. daß der Erhöhungsbeschluß bezüglich der Zulassungen bis zur Zustimmung des durch die Verletzung Betroffenen schwebend unwirksam ist.

---

79) Vgl. die Ausführungen auf S. 43/44; 13/14.
80) Feine, a.a.O. § 45, III, 1 S. 606.
81) Nach seiner Ansicht sind auch die Geschäftsführer oder andere Organe dazu befugt. (Vgl. a.a.O. § 45, III, 3, S. 609).
82) A.a.O. § 20, III, 4 C, S. 289 und § 40, I, 4, S. 547 ff.

3. Abschnitt.

Sacheinlagen und Uebernahmen im Erhöhungsbeschluß.

§ 11:

Die unvollkommene Festsetzung.

Die in Literatur und Rechtsprechung eingebürgerte Bezeichnung „Sacheinlage" kommt weder in § 5, Abs. 4, der für die Gründung einschlägigen Bestimmung, noch in § 56, der für die Stammkapitalserhöhung einschlägigen Bestimmung, vor. Das Gesetz spricht von Einlagen, „welche nicht in Geld zu leisten sind". Beabsichtigt ein Uebernehmer, sich mit einer derartigen Stammeinlage an der Erhöhung zu beteiligen, so muß nach § 56 seine Person, der Gegenstand der Einlage und der Geldwert, für welchen die Einlage angenommen wird, in der Uebernahmeerklärung angegeben und im Erhöhungsbeschluß festgesetzt werden. Ferner ist für den Fall, daß die Vergütung für Vermögensgegenstände, welche die Gesellschaft übernimmt, auf die Einlage angerechnet werden soll, der Gegenstand der Ueberlassung und die für den überlassenen Gegenstand zu gewährende Vergütung und auch die Person des Uebernehmers im Erhöhungsbeschlusse festzusetzen und in der Uebernahmeerklärung anzugeben.

Der Gegenstand der Einlage oder der Ueberlassung muß nun im Erhöhungsbeschluß so genau bezeichnet werden, daß über seine Identität kein Zweifel herrschen kann[1]. Dieser Grundsatz wird von besonderer Bedeutung für den Fall der Ueberlassung oder Einlegung von einer Sachgesamtheit[2] oder von mehreren Gegenständen gleicher Art. Nach § 56[3] liegt es den Gesellschaftern der GmbH. ob, im Erhöhungsbeschluß „den Geldwert, für welchen eine Sacheinlage angenommen wird" und „die für einen der Gesellschaft überlassenen Gegenstand anzurechnende Vergütung im Erhöhungsbeschluß festzusetzen". Aus dieser Fassung wird mit Recht entnommen,

---

1) Vgl. KGJ. 38 A. 166; 44, 149; Scholz, a.a.O. § 5, III, 2 b, S. 109; Hachenburg a.a.O. § 5, Anm. 130, S. 213; Liebmann-Saenger, a.a.O. § 5, Anm. 10, S. 53; Brodmann, a.a.O. § 5, Ziff. 4 a, S. 37. Crüger-Crecelius a.a.O. § 5, S. 109, Abs 2.

2) In Bezug hierauf werden in KGJ. 38 S. 166 f. ziemlich geringe Anforderungen gestellt.

3) Vgl. auch § 5, Abs. 4.

daß die Prüfung der Richtigkeit des angegebenen Wertes der Sacheinlage oder der Angemessenheit der Vergütung für einen übernommenen Gegenstand dem Registerrichter verschlossen ist[4]. Daraus ist aber noch nicht zu folgern, daß z. B. bei Einlegung oder Ueberlassung von Sachgesamtheiten oder von mehreren Gegenständen gleicher Art nur der Gesamtwert angegeben zu werden brauche, wenn nur die Identität der einzelnen Gegenstände aus dem Erhöhungsbeschluß hervorgehe. Hachenburg[5] behauptet, daß nicht verlangt werden könne, daß allen Interessenten, welchen die beim Registergericht befindlichen Urkunden zugänglich wären, eine Kontrolle der Einlagen gewährt werden solle. Dem ist entgegenzuhalten, daß die in Frage kommenden Festsetzungen vor allem für die Oeffentlichkeit bestimmt sind[6]. Den Interessenten muß soweit ein Anhalt gegeben werden, daß sie sich eine wirtschaftlich begründete Vorstellung davon machen und so auch nachprüfen können, welche Werte der GmbH. durch Stammkapitalserhöhung zugeflossen bzw. ob U e b e r b e w e r t u n g e n erfolgt sind. Es kann hier nicht hinderlich sein, daß dadurch die notwendigen Veröffentlichungen über die Sacheinlagen sehr umfangreich werden könnten[7]. Da die GmbH. ihre Bilanzen mit einer Ausnahme (§ 41) nicht zu veröffentlichen braucht, ist das, was die Oeffentlichkeit von der Vermögenslage der GmbH. erfährt, schon bescheiden genug. Allerdings kann eine so weitgehende Offenlegung der bei Gründung oder Kapitalerhöhung erfolgten Art und Weise der Einlagenbewertung, durch welche Betriebsgeheimnisse usw. gefährdet würden, nicht verlangt werden. In solchen Fällen ist scharf abzugrenzen[8]. Jedenfalls kann es nicht der Sinn der Vorschriften, durch welche bei Sacheinlagen usw. Aufnahme und Veröffentlichung der erwähnten Klauseln gefordert wird, sein, nur die Oeffentlichkeit zu warnen. Ist es der Oeffentlichkeit nicht möglich, sich an Hand der veröffentlichten Bestimmungen ein Bild über die eingelegten Werte und somit über die Dekkung des Stammkapitals zu machen, so wächst sich die „Warnung" zur Abschreckung aus.

---

4) So RJA. 12, 59, Hachenburg a.a.O. § 5, Anm. 11, S. 191; Scholz, a.a.O. § 54, IV, S. 542 und die dort zitierten Entscheidungen, ferner KGJ. 44, S. 148.
5) Hachenburg, a.a.O. § 5 Anm. 41, S. 214.
6) Vgl. § 54, Abs. 2 i. Vbdg. m. § 10, Abs. 3.
7) So Hachenburg, a.a.O. § 5, Anm. 41 Seite 214.
8) Vgl. auch hier Hachenburg, a.a.O. § 5, Anm. 41, S. 214, der einen Mittelweg anscheinend nicht für möglich hält.

Ist die Identität der eingelegten oder überlassenen Gegenstände, ihr festzusetzender Wert oder die für sie festzusetzende Vergütung nicht in dem hier dargelegten Umfange aus dem Erhöhungsbeschlusse ersichtlich, oder fehlt die Person des Einlegenden, ohne daß sonst aus dem Erhöhungsbeschluß ersichtlich ist, wer die Einlage zu leisten hat, so ist die in Frage stehende Sacheinlage- oder Uebernahmebestimmung unvollständig und eine Einlageverpflichtung nicht entstanden. Da das neue Stammkapital somit nicht voll gedeckt ist, darf der Registerrichter die zur Eintragung angemeldete Erhöhung nicht eintragen. Die dennoch eingetragene Erhöhung kann analog zu § 75 in Verbindung mit § 3, Abs. 1, Ziff. 3 und 4 für nichtig erklärt werden[9].

Im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung wird vielfach[10] behauptet, daß im Falle mangelnder Bestimmtheit der Festsetzungen hinsichtlich der Sacheinlagen oder Uebernahmen eine Geldeinlageverpflichtung der als Einleger genannten Person entsteht. Scholz[10] beruft sich auf §§ 186 Abs. 4, 279 HGB. dafür, daß in solchen Fällen nur das Sachdeckungsabkommen, nicht aber der ganze Beitritt nichtig sei. Ob dies für die Aktiengesellschaft mit Sicherheit aus dem Wortlaut der angezogenen Bestimmungen des HGB. zu entnehmen ist, kann schon zweifelhaft sein. Weshalb aber wegen „Gleichheit des Grundes" für die GmbH. diesselbe gelten solle, ist nicht einzusehen. Für die Aktiengesellschaft wäre doch dann eine besondere Bestimmung erforderlich gewesen, um die Beschränkung der Unwirksamkeit lediglich auf das Sachdeckungsabkommen selbst herbeizuführen. Eine solche Bestimmung fehlt aber gerade im GmbH.-Gesetz. Dem Erhöhungsbeschluß kommt als Willensäußerung der GmbH., die bei der Umgründung unstreitig ein privilegierte Stellung einnimmt, eine erhöhte Bedeutung gegenüber den Willensäußerungen der anderen an der Umgründung Mitbeteiligten zu. Es geht nicht an, einfach Teile des Inhalts dieses in vorschriftsmäßiger Form gemäß § 53, Abs. 2[11] geäußerten Willens unbeachtet zu lassen. Geht aus dem Erhöhungsbeschluß

---

9) Vgl. die Ausführungen auf S. 21/24, insbesondere 23/24.

10) So Scholz, a.a.O. § 5, III, 6 b, S. 118; § 57, VII, 1, Abs. 2 S. 571; Liebmann-Saenger a.a.O. § 5 Anm. 16. S. 57; RG. im Recht. 1906. Nr. 1698.

11) Vgl. die Ausführungen über die Bedeutung der Einhaltung der hier in Frage kommenden Formvorschriften für die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung auf S. 14 f. d. Arb.

hervor, daß es der Wille der GmbH. war, eine solche Kapitalerhöhung herbeizuführen, bei der das Stammkapital, sei es ganz oder z. T. durch Sacheinlagen gedeckt, einzelne oder alle Uebernehmer zu Sacheinlagen verpflichtet sein sollen, so ist eben eine wirksame Feststellung der Satzung der durch Stammkapitalserhöhung umgebildeten GmbH. dahin, daß die Uebernehmer zu Geldeinlagen verpflichtet sein sollen, nicht vorhanden. Eine Satzungsumbildung durch Schaffung neuer Geldeinlagenverpflichtungen hat die Gesellschaft nicht gewollt. Aus § 56 läßt sich nicht herleiten, daß dieser im Erhöhungsbeschluß ausgedrückte Wille unbeachtlich sei, wenn die Vorschriften des § 56 nicht gewahrt sind. Es steht doch nirgends, daß bei der Aufnahme einer Sacheinlagebestimmung in den Erhöhungsbeschluß, die nicht den gesetzlichen Vorschriften entspricht, unbeachtlich des abweichend im Erhöhungsbeschluß geäußerten Willens der GmbH. eine Geldeinlageverpflichtung entstehe (vgl. auch § 5, Abs. 4, für die Gründung). In solchen Fällen ist eben eine Einlageverpflichtung überhaupt nicht entstanden[12]. Scholz a.a.O. § 5, III, 6b, S. 118 macht darauf aufmerksam, daß man dann für den Fall der mangelhaften Aufnahme einer Sacheinlageverpflichtung eine stärkere Verstoßfolge eintreten lassen würde als für den Fall, wo eine an sich beabsichtigte Sacheinlagenbestimmung wegen Täuschung, Irrtums, oder Drohung überhaupt nicht erst in den Erhöhungsbeschluß aufgenommen wird, da in diesem Falle eine Anfechtung nicht möglich[13] und somit eine vollgültige Geldeinlageverpflichtung entstanden sei. Hiergegen ist zu sagen, daß die Unzulässigkeit der Anfechtung einer Willenserklärung wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung eine absolute Ausnahmeerscheinung für Körperschaftsgründungen und Umgründungen darstellt, deren gesetzmäßige Verankerung noch dazu von vielen bezweifelt wird, und nicht als Argument bei der Lösung von anderen Zweifelsfragen mit dem Erfolge benutzt werden sollte, den einer GmbH. beitretenden ihre Rechtsposition weiter zu verschlechtern. Will man, wie Scholz[14] den Ausschluß der Anfechtung daraus herleiten, daß es sich bei der Gründung um Erklärungen an die Oeffent-

12) So auch Hachenburg, a.a.O. § 5, Anm. 47, S. 219, RGZ. 42, S. 4 und Staub-Pinner, a.a.O. § 279, Anm. 3, S. 489 (für die Akt.Ges.). Aehnlich Horrwitz, a.a.O. S. 417/18.

13) Vgl. die Ausführungen im Schlußabschnitt ds. Arb.

14) Scholz, a.a.O. § 3 V, 3, S. 81/82.

lichkeit handelt[15], so müßte man daraus gerade die völlige Unwirksamkeit einer mangelhaften Sacheinlagebestimmung im Erhöhungsbeschluß herleiten. Denn der Oeffentlichkeit[16] ist aus der ihrer Einsicht zugänglichen notariellen Urkunde über den Erhöhungsbeschluß ganz deutlich ersichtlich, daß eine Begründung einer Geldeinlageverpflichtung nicht beabsichtigt war.

§ 12:

Die Festsetzung über nicht einlagefähige Gegenstände.

a) Die Einlagefähigkeit in ihrer Bedeutung für die Gültigkeit des Erhöhungsbeschlusses.

Nicht alle Vermögensgegenstände sind geeignet, als Sacheinlagen oder Uebernahmen bei der Stammkapitalserhöhung zu dienen. Die mangelnde Eignung wird sich oft schon aus dem Erhöhungsbeschluß selbst ergeben, da ja der Gegenstand der Einlage oder Uebernahme im Erhöhungsbeschluß so genau bezeichnet werden muß, daß über seine Identität kein Zweifel herrschen kann. Aus allgemeinen Erwägungen lassen sich für die Einlagefähigkeit von Gegenständen folgende Grundsätze aufstellen: Als Sacheinlagen geeignet sind nur selbständige Wertgegenstände, die Gegenstand des Rechtsverkehrs sein können. Es muß ferner nach bilanztechnischen Grundsätzen möglich sein, die eingelegten Gegenstände als Aktivum in der GmbH.-Bilanz erscheinen zu lassen. Im einzelnen ergibt sich daraus, daß körperliche Sachen, Sachgesamtheiten und Rechte, soweit sie übertragbar sind — auch Forderungen und immaterielle Rechte — geeignet sind, als Sacheinlagen oder Uebernahmen zu dienen. Wegen der Einzelheiten wird auf Brodmann[17], Liebmann-Saenger[18], Crüger-Crecelius[19], Hachenburg[20] und die dort zitierten Entscheidungen, die sich im wesentlichen auf die Gründung beziehen, verwiesen. Das dort für die Gründung Ausgeführte gilt auch für die

15) Dieses Argument wird im Schlußabschnitt dieser Arbeit auf S. 86/87. abgelehnt.
16) Vgl. die Ausführungen auf S. 18/19 ds. Arb. i. Vbdg. m. § 13, Abs. 3 GmbH.-Gesetz; § 9, Abs. 1 HGB.
17) Brodmann, a.a.O. § 5, Anm. 4 ff.
18) Liebmann-Saenger, a.a.O. § 5, Anm. 10 ff.
19) Crüger-Crecelius, a.a.O. § 5, Ziff. 6.
20) Hachenburg, a.a.O. § 5, Anm. 11 ff.

Kapitalerhöhung. In den folgenden Abschnitten soll nur die Einlagefähigkeit einzelner, besonders bedeutsamen Gruppen angehörender Gegenstände, insbesondere im Hinblick auf die bei der Stammkapitalserhöhung in dieser Richtung sich ergebenden Besonderheiten, behandelt werden.

Wird eine ungeeignete Sacheinlage eingelegt, so wird eine Sacheinlageverpflichtung nicht begründet, eine Geldeinlageverpflichtung nicht gewollt. Hier gilt das im vorigen Abschnitt für den Fall der unvollkommenen Sacheinlagenfestsetzung Ausgeführte gleichfalls. Wenn man will, kann man, wie Feine[21] die Ungültigkeit der Sacheinlageverpflichtung im Falle der Einlegung ungeeigneter Gegenstände mit Hilfe einer Analogie zu § 306 BGB. begründen. M. E. ergibt sich dies aber schon aus der Natur der Sache. Ist die mangelnde Eignung aus dem Erhöhungsbeschluß ersichtlich, so muß der Registerrichter bereits eine Eintragung der Erhöhung ablehnen. Wird die Erhöhung dennoch versehentlich eingetragen, so kann sie gemäß dem analog anzuwendenden § 75 in Verbindung mit § 3, Abs. 1, Ziff. 4, für nichtig erklärt werden[22].

b:

Arbeitsleistungen als Sacheinlagen.

Arbeitsleistungen sind als Sacheinlagen ungeeignet. Gleichgültig bleibt es, ob ein bestimmter Erfolg der Leistung oder die Leistung schlechthin versprochen wird. Es kann weder die im Gründungs- bzw. Erhöhungsstadium im Interesse der werdenden oder umgegründeten Gesellschaft geleistete Tätigkeit unmittelbar als Einlage benutzt, noch erst im Interesse der Gesellschaft zu leistende Tätigkeit, z. B. Tätigkeit als Geschäftsführer, eingelegt werden[23]. Eine derartige Einlage müßte, da sie nur unter die im § 42, Ziff. 1, aufgezählte Klasse von Vermögensgegenständen der GmbH. einzuordnen wäre, um bilanzfähig zu sein, einen Anschaffungs- oder Herstellungspreis haben. Beides fehlt hier. Ueberdies ist es im Geschäftsbetrieb der Kaufleute überhaupt nicht üblich, persönliche

21) Feine, a.a.O. § 11 III, 4, S. 184.
22) Vgl. die Ausführungen auf S. 21 bis 25, insbesondere S. 21/22.
23) So Hachenburg, a.a.O. § 5, Anm. 21, S. 200; Liebmann-Saenger, a.a.O. § 5, Anm. 11, S. 54; Crüger-Crecelius, a.a.O. § 5, S. 108, Abs. 3; Brodmann, a.a.O. § 5, Anm. 4 b, S. 38; 4 f, S. 39; Scholz, a.a.O. § 5 III, 2 dd. S. 110; Feine, a.a.O. § 6, III, S. 108. Für die Akt.Ges. ferner Lehmann, a.a.O. S. 392, J. F, Behrend, a.a.O. § 107, S. 746; Simon, a.a.O., S. 173. Für Zulässigkeit der Einlage Goldmann, a.a.O. § 186, Anm. 2, I, 2 b, S, 809.

Leistungen von Schuldnern irgendwie in Büchern zu vermerken. Diese Geschäfte erscheinen erst dann buchmäßig, wenn Zahlungen für diese Leistungen erfolgt sind[24]. Die Bilanzfähigkeit allein ist aber das entscheidende Kriterium dafür, ob eine Arbeitsleistung geeignet ist, bei der GmbH. als Sacheinlage zu dienen[25]. Crüger-Crecelius[26] will im Gegensatz hierzu den Ausschluß der Dienstleistungen aus der Zahl der zur Sacheinlage geeigneten Gegenstände aus den Vorschriften des § 5, Abs. 4, und des § 56 unter Zuhilfenahme der Motive herleiten, indem er sich auf den Ausdruck „Sacheinlage" stützt. Es wird zwar im Entwurf I auf S. 52 in Bezug auf § 5, Abs. 4, von Sacheinlagen gesprochen. Im Gesetz selbst erscheint dieser Ausdruck nicht. Es wird dort nur von Einlagen, die nicht in Geld zu leisten sind, gesprochen. Die Motive können also zur Auslegung nicht benutzt werden. Ferner kann auch nicht zugegeben werden, daß schon unter „Einlagen" begrifflich keinesfalls zu leistende Dienste zu verstehen seien[27].

Aus den gleichen Erwägungen heraus, aus denen die Einlagefähigkeit von Arbeitsleistungen abzulehnen ist, muß auch die Einlagefähigkeit einer Forderung eines Uebernehmers auf Arbeitsleistungen eines Dritten verneint werden[28]. Eine Forderung gegen einen Dritten auf Leistung einer Tätigkeit ist genau so wenig bilanzfähig, wie eine Forderung gegen einen Uebernehmer, die auf dessen eigene Arbeitsleistung gerichtet ist[29]. Scholz[30] hält die erste Art von Forderungen jedoch für einlagefähig und scheint diese Unterscheidung damit begründen zu wollen, daß der Anspruch auf eigene Dienst- oder Werkleistungen deshalb nicht einlagefähig sei, weil er (auf die Gründung abgestellt) erst im Augenblick der Eintragung, also noch nicht im Augenblick des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages, entstehe, während dies bei Einlegung von Ansprüchen auf Dienste eines Dritten[31] anders sei. Es kommt

24) So Simon, a.a.O. S. 176.
25) Vgl. hier Scholz, a.a.O. § 42, III, 1 S. 420/421.
26) Crüger-Crecelius, a.a.O. § 56, Abs. 4, S. 108, Abs. 3.
27) Aehnlich wie Crüger-Crecelius, a.a.O. OLG. Respr. 32, S. 140.
28) Dagegen Brodmann, a.a.O. § 5, Ziff. 4 f. S. 39; Scholz, a.a.O. § 5, III, 2 dd, S. 110; Liebmann-Saenger, a.a.O. § 5, Anm. 11, S. 54 für Einlegung einer Forderung aus dem mit einem Dritten geschlossenen Werkvertrag; und OLG. Rspr. 24, S. 163 für den gleichen Fall. Ferner für die Akt.Ges. J. F. Behrend, a.a.O. § 107, S. 746 und Anm. 13.
29) Vgl. hierzu Simon, a.a.O. S. 176.
30) Scholz, a.a.O. § 5 III, 2 dd und ee S. 110.
31) Vgl. Staub-Pinner, a.a.O. § 195, Anm. 20, S. 96 und die dort Zitierten, auch RG.St. 48, S. 158.

doch aber nur darauf an, ob im Zeitpunkt der Aufstellung der Eröffnungsbilanz die Sacheinlage als bilanzfähiges Aktivum anzusehen ist. In diesem Augenblick ist aber die Gesellschaft bereits eingetragen. Ist dies der Grund der Unterscheidung, so müßten nach Scholz auch bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages abgegebene Versprechen auf Dienst- oder Werkleistungen für die GmbH. bilanzfähig sein. Behrend[32] hält für die Akt.Ges. bei Gründung versprochene Dienste schlechthin für bilanzfähig, da sie die Grundlage bildeten, auf der die Organisation der GmbH. beruhe, während später im Laufe des Geschäftsbetriebes geschlossene Verträge solcher Art keine in die Bilanz einstellbaren Aktiva ergäben. Er kommt aber trotzdem dazu, die Einlagefähigkeit auch für den Zeitpunkt der Gründung zu verneinen, weil nach ihm die Sacheinlagen bereits vor der Gründung geleistet sein müssen. Es trifft aber weder für die Aktien-Gesellschaften[33] noch für die GmbH.[34] zu, daß die Sacheinlagen bereits vor Eintragung der Gründung oder Kapitalerhöhung geleistet sein müssen, so wünschenswert eine solche Regelung auch sein mag. Im § 7, Abs. 2, der auch gemäß § 57, Abs. 2, für die Stammkapitalserhöhung Anwendung findet, wird lediglich von der Einzahlung eines Viertels der in Geld zu leistenden Einlage gesprochen. Legt man dies zugrunde, so wäre nach Behrend von einem Inferenten versprochene Dienste als einlagefähig anzusehen. Behrend läßt aber eine Begründung für seine nicht ohne weiteres verständliche Unterscheidung hinsichtlich der Bilanzfähigkeit zwischen vor und nach Gründung versprochenen Diensten völlig vermissen. Es muß m. E. für beide Fälle gleich, und zwar in dem hier erwähnten Sinne, entschieden werden.

Dasselbe, was für die Einlage von Tätigkeiten gilt, muß folgerichtig auch für die Ueberlassung der Benutzung von Sachen (Sachmiete, Sachleihe) gelten. Auch hier kann von einem Anschaffungs- oder Herstellungspreis gemäß § 42,

---

32) Behrend, a.a.O. § 107, S. 746 und Anm. 13.

33) Vgl. Staub-Pinner, a.a.O. § 195, Anm. 20, S. 96 und die dort Zitierten, auch RGSt. 48, 158.

34) So auch Scholz, a.a.O., § 7, II, 3, S. 135/6 mit eingehender Begründung; ferner OLG. 16, S. 112 ff.; Simon i. Holdheims Mschr. 1892, S. 225; Smoschewar, JW. 1915, S. 1418; Hachenburg, a.a.O. § 7, Anm. 16, S. 235/6 und Brodmann, a.a.O. § 8, Ziff. 4 a, S. 49. Dagegen: RGSt. 43, S. 250 ff., 431; 48, 156 ff; RGZ. 84, 337; RG. i. Recht 1914, Nr. 1519; KGJ. 35, 171; 38, 165; Liebmann-Saenger, a.a.O. § 7, Anm. 7, S. 68/69; Crüger-Crecelius, a.a.O. § 8, S. 119. Feine, a.a.O. § 8, II, 1 S. 137 spricht von der Beseitigung eines Mangels im Gesetz durch die Praxis.

Ziff. 1, nicht gesprochen werden. Eine Ueberlassung der Benutzung von Sachen schafft kein bilanzfähiges Aktivum. Die Kaufleute pflegen derartige Leistungen nicht in ihren Büchern erscheinen zu lassen[35].

Hachenburg[36] behauptet ohne nähere Ausführungen, daß im Gegensatz zur Gründung bei der Stammkapitalserhöhung bereits von Einlegern geleistete Arbeit oder gegen diese gerichtete Forderungen auf Leistung irgendeiner Tätigkeit einlagefähig seien. Dem kann nicht zugestimmt werden. Ebenso wie bei der Gründung ergeben auch bei der Erhöhung des Stammkapitals Arbeitsleistungen oder Forderungen auf solche kein bilanzfähiges Aktivum. Dieselben Gründe sprechen hier wie dort dagegen. Wenn Hachenburg[37] die Einlagefähigkeit von Arbeitsleistungen für die Gründung deshalb verneint, weil andernfalls eine GmbH. ohne Fundierung des Stammkapitals mit entsprechenden Aktiven entstehen würde, so trifft dies Argument auch für die Neuentstehung von Stammkapital bei der Kapitalerhöhung zu.

c:

Forderungen als Sacheinlagen.

1. Im allgemeinen.

Bei der Einlegung von Forderungen kann es sich sowohl um Geldforderungen als auch um Forderungen anderer Art handeln. Wird eine nicht entstandene Forderung eingelegt, so besteht die Sacheinlageforderung der GmbH. in Analogie zu § 437 BGB. anstelle des Anspruchs auf Forderungsabtretung in einer Schadensersatzforderung aus Garantiehaftung. Sonderbestimmungen über die Sacheinlageverpflichtung in Art der Vorschriften des BGB. über die Verpflichtungen eines Verkäufers fehlen im GmbH.-Gesetz völlig. Der Abschluß eines Tausch-[38] oder sonstigen entgeltlichen Veräußerungsvertrages[39] und die Uebernahme einer Sacheinlageverpflichtung anläßlich der Gründung oder Stammkapitalserhöhung einer GmbH. ähneln sich bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise. Wenn die Verpflichtungsübernahme des Sachein-

35) So Simon, a.a.O. S. 176, 183. S. auch Brodmann, a.a.O. § 5, Ziff. 4 b, S. 38; Ziff. 4 f, S. 39.
36) Hachenburg, a.a.O. § 5, Anm. 21, S. 200.
37) Hachenburg, a.a.O. § 5, Anm. 23, S. 202.
38) § 515 BGB.
39) § 445 BGB.

legers auch rechtlich nicht ein auf Veräußerung um der Gegenleistung willen gerichteter Vertrag, sondern ein „Akt des Mitgliedwerdens“[40] ist, so wendet doch der Einleger wirtschaftlich betrachtet der Gesellschaft aus seinem Vermögen nur deshalb Werte zu, um dafür wieder ein Entgelt in Form des (im allgemeinen frei veräußerlichen)Geschäftsanteils zu erhalten. Die analoge Anwendung der im § 433 ff BGB. enthaltenen Vorschriften über die Verpflichtungen des Verkäufers auf die Verpflichtungen des Uebernehmers einer Sacheinlage ist daher, erforderlichenfalls unter Berücksichtigung des besonderen rechtlichen Charakters dieser Verpflichtung, geboten[41]. In dem seltenen Falle, daß eine Forderung eingelegt wird, die deshalb nicht entstanden ist, weil das Gesetz ihre Begründung nicht zuläßt[42], entsteht allerdings keine Schadensersatzforderung in Analogie zu § 437 BGB., sondern es liegt eine ungeeignete Sacheinlage vor. Denn die eingelegte Forderung ist dann nach § 134 BGB. nichtig und die Einlageverpflichtung in Analogie zu § 306 BGB. von vornherein nicht entstanden. Entsteht aber eine Schadensersatzforderung, so ist diese nicht Geld- sondern Sacheinlageforderung, was z. B. schon insofern von Bedeutung ist, als hier keine Haftung der Mitgesellschafter nach § 24 eintreten kann.

Soll eine Forderung des Uebernehmers gegen die GmbH. eingelegt werden, so kann dies nicht in Form der Einbringung eines Aktivums durch Forderungsübertragung an die Gesellschaft vor sich gehen, da diese Schuldnerin der Forderung ist. Hier muß der Weg des Erlaßvertrages nach § 397 BGB. beschritten werden[43]. Dann wird aber kein Aktivum eingebracht, sondern die Gesellschaft wird von einem Passivum befreit. Auch eine Verpflichtung zur Mitwirkung an einem solchen Erlaßvertrag — hierin besteht die Leistung des Einlegenden — ist eine zulässige Einlageverpflichtung[44]. „Einlagen, welche nicht in Geld zu leisten sind,“ können auch auf diese Weise erfolgen.

---

40) So Lehmann, I, a.a.O. S. 348. Vgl. weiter Feine, a.a.O. § 11, III, 6, S. 182; Crüger-Crecelius, a.a.O. § 5, Anm. 6, Abs. 2 S. 106; RGZ. 45, S. 101.

41) Vgl. Crüger-Crecelius, a.a.O. § 5, Abs. 4 S. 108; Scholz, a.a.O. § 5, III, 2 d, S. 112; Hachenburg, a.a.O. § 5, Anm. 28, S. 204; Liebmann-Saenger, a.a.O. § 5, Anm. 13, S. 55; RGZ. 86, S. 213; Holdheims Mschr. 1915, S. 225.

42) Vgl. Enneccerus, Schuldverh. a.a.O. § 106, II, S. 359 und die Anm. 13 zit. Entsch.

43) Vergl. Bernicken, i. Bank-Archiv XX, S. 222 über die Stellung des Reichsfinanzhofs hinsichtlich der Aktiengesellschaft.

44) So auch Hachenburg, a.a.O. § 5, Anm. 22, S. 201.

Handelt es sich aber um eine Geldforderung des Uebernehmers gegen die Gesellschaft, so scheint es, daß eine Sacheinlagebestimmung überflüssig ist, da die Geldeinlageforderung doch durch Aufrechnung mit der Geldforderung des Uebernehmers getilgt werden kann. Eine solche Aufrechnung ist aber dem Uebernehmer als späteren Gesellschafter durch § 19, Abs. 2, der auch für die Stammkapitalserhöhung gilt[45], unmöglich gemacht worden. Nach § 19, Abs. 2, steht die Aufrechnungsbefugnis nur der GmbH. zu. Der Gesellschafter wäre also gezwungen, bar zu zahlen, falls diese nach Einforderung der Stammeinlage nicht willens wäre, ihre Schulden an den Gesellschafter durch Aufrechnung mit ihrer Stammeinlageforderung zu tilgen. Es muß daher auch in diesem Falle zur Sicherung des Uebernehmers eine Sacheinlageklausel in den Erhöhungsbeschluß aufgenommen werden. Auch hier lautet die Einlageverpflichtung des Uebernehmers auf Erlaß seiner (Geld-)Forderung gegen die GmbH.

Es kann aber auch dem Gesellschafter im Erhöhungsbeschluß die Befugnis, mit seiner Forderung gegen die Stammeinlageforderung aufzurechnen, gegeben werden[46]. Eine solche Aufrechnungsklausel ist aber nur wirksam, wenn eine Aufrechnung zu dem in Aussicht genommenen Zeitpunkt nach den Vorschriften der §§ 387 ff. BGB. zulässig ist[47]. Der Gesellschafter kann dann seiner Einlageverpflichtung ohne Mitwirkung der Gesellschaft lediglich durch Ausübung eines Gestaltungsrechts nachkommen. Durch Festsetzung der Aufrechnungsbefugnis im Erhöhungsbeschluß wird die Einlageverpflichtung des Uebernehmers jedoch nicht zur Sacheinlageverpflichtung, sondern bleibt eine Geldeinlageverpflichtung[48],

---

45) Die Regel des § 19, Abs. 3 mußte vom Gesetzgeber in § 56 besonders für die Stammkapitalserhöhung für anwendbar erklärt werden, weil nur sie allein, nicht aber die des Abs. 1 und 2, ihrem Wortlaute nach lediglich auf die Gründung abgestellt ist.

46) Vgl. hierzu Hachenburg, a.a.O. § 5, Anm. 22/23, Scholz, a.a.O. § 5, III, 2 dd. Abs. 2 S. 110; Liebmann-Saenger, a.a.O. § 5, Anm. 11, S. 55; Feine, a.a.O. § 6, III, S. 110; § 45, II, 1 S. 604; RGZ. 42, 4; OLG. Dresden in LZ. 1907, S. 606, wo aber überall nicht klar genug herausgestellt wird, warum die Aufrechnungsbefugnis im Erhöhungsbeschluß bzw. im Gründungsvertrag enthalten sein muß.

47) Ist sie nicht möglich, so kann eine „vertragsmäßige" Aufrechnung vorgesehen werden. Dies ist aber weiter nichts wie ein gegenseitiger Erlaßvertrag für beide Forderungen. Vgl. hierzu Enneccerus Schuldverh. § 69, I, S. 228. Hier wird aber vorzuziehen sein, die Einlageverpflichtung von vornherein als Verpflichtung zum Erlaß der Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft zu begründen.

48) Diesen Unterschied bringt Brodmann, a.a.O. § 56 Ziff. 1 b, S. 222 nicht klar heraus. Irrig auch Feine, a.a.O. § 45, II, 1, S. 604, Abs. 1 a.A. und RGZ. 42, S. 4.

die der Uebernehmer auch durch Aufrechnung tilgen darf. Hierin besteht der grundlegende Unterschied zu der Einlage einer Erlaßverpflichtung. Letzten Endes scheint auch Brodmann[49] diese Ansicht zu teilen. Er behauptet dort, die Vollwertigkeit der zur Aufrechnung gegen die Einlageverpflichtung im Erhöhungsbeschluß zugelassenen Forderung sei Voraussetzung für die Gültigkeit der Aufrechnungsklausel. Das Vorhandensein der Vollwertigkeit hat das Reichsgericht[50] als notwendiges Erfordernis für die Gültigkeit einer durch die GmbH.[51] mit ihrer Einlageforderung gegen eine Gegenforderung des Einlegers vorgenommenen Aufrechnung aufgestellt. Nach dem RG. ist die Gegenforderung dann vollwertig, wenn die GmbH. im Zeitpunkt der Aufrechnung sich in derartiger Vermögenslage befindet, daß sie ohne weiteres ihre zur Aufrechnung gelangende Schuld begleichen könnte. Die von dem hier vertretenen Standpunkt zu billigende Auffassung von Brodmann ist nur so zu erklären, daß er trotz Festsetzung einer Aufrechnungsbefugnis im Erhöhungsbeschluß oder im Gründungsvertrag die Einlageverpflichtung des Gesellschafters als Geldeinlageverpflichtung ansieht, die entsprechend ihrem Geldwert voll zu decken ist.

Da die Einlage unter Einräumung einer Aufrechnungsbefugnis im Erhöhungsbeschluß eine Geldeinlageverpflichtung ist, bleibt es ohne Einfluß auf die Wirksamkeit der Einlageverpflichtung, wenn die Aufrechnungsbefugnis wegen Fehlens der Voraussetzungen der §§ 387 ff. BGB., wegen Nichtbestehens der zur Aufrechnung zugelassenen Forderung oder wegen mangelnder Vollwertigkeit dieser Forderung nicht ausgeübt werden kann. Da es sich hier nur um eine Befugnis, die Geldeinlageverpflichtung auch durch Aufrechnung zu tilgen, und nicht etwa um eine bedingte Geldeinlageverpflichtung handelt, so kann die Unmöglichkeit der Ausübung der Aufrechnungsbefugnis die Geldeinlagepflicht nicht hinfällig machen.

Handelt es sich bei der Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft um eine Verpflichtung desselben zur Zahlung einer Vergütung für im Zusammenhang mit der Erhöhung übernommene Vermögensgegenstände, so ist nach

---

49) Brodmann, a.a.O. § 56, Ziff. 1, S. 223.
50) Vgl. RG. in JW. 1926, S. 1154; auch JW. 1914, S. 983/984.
51) Diese ist nach § 19, Abs. 2 stets zulässig. Vgl. auch Gierke, Handelsrecht, § 42, III, 2 b, S. 364.

§ 19, Abs. 3 auch der GmbH.[52] eine Aufrechnung mit der Stammeinlageforderung verboten, es sei denn, daß eine solche im Erhöhungsbeschluß vorgesehen ist. In diesem Falle kann aber auch die Verpflichtung zum Erlaß der Vergütungsforderung als Inhalt der Einlageverpflichtung im Erhöhungsbeschluß festgesetzt werden. Die durch § 56, Abs. 1[53], zugelassene An rechnung kann sowohl durch Erfüllung dieser Verpflichtung als auch durch die in § 19, Abs. 3, erwähnte Aufrechnung erfolgen.

Uebernimmt ein Inferent als Einlage die Verpflichtung zum Erlaß einer ihm gegen die GmbH. zustehenden Forderung und ist diese Forderung aus irgendwelchen Gründen nicht zur Entstehung gelangt oder bereits wieder erloschen, so muß dieser Fall genau so behandelt werden, als wenn eine nicht bestehende Forderung gegen einen Dritten eingelegt worden wäre. An Stelle der Erlaßverpflichtung tritt in analoger Anwendung des § 437 BGB. eine Schadensersatzverpflichtung. Aeußerlich betrachtet liegt hier zwar die Verpflichtung zu einer von Anfang an unmöglichen Leistung vor, sodaß, wenn man bei dieser Betrachtungsweise stehen bleibt, eine Einlageverpflichtung bei analoger Anwendung des § 306 BGB. überhaupt nicht entstanden ist. Die Form der Erlaßverpflichtung muß aber nur deshalb gewählt werden, weil die Abtretung einer Forderung vom Gläubiger an den Schuldner rechtlich nicht denkbar ist[54]. Diese lediglich konstruktionelle Schwierigkeit darf nicht dazu führen, den zum Erlaß einer solchen nicht bestehenden Forderung verpflichteten Inferenten bezüglich seiner Haftung besser zu stellen als einen Inferenten, der eine nicht existierende Forderung gegen einen Dritten eingelegt hat.

Anders ist die Rechtslage, wenn für den Gesellschafter im Erhöhungsbeschluß lediglich die Befugnis festgesetzt worden ist, mit seiner Forderung an die Gesellschaft gegen seine Einlageverpflichtung aufrechnen zu dürfen. Besteht die zur Aufrechnung zugelassene Forderung nicht, so wird die Geldeinlageverpflichtung[55] des Gesellschafters dadurch nicht be-

52) L.Z. 1915, S. 1315, 1916 S. 226; Brodmann, a.a.O. § 19, Ziff. 3 b, S. 91; Crüger-Crecelius, a.a.O. § 19, Anm. 5, S. 160; Liebmann-Saenger, a.a.O. § 19, Anm. 10, S. 136. Auch hier will Hachenburg, a.a.O. § 19, Anm. 15, S. 395 der Gesellschaft Aufrechnungsbefugnisse zugestehen. Ebenso anscheinend auch RG. in JW. 1913, S. 48.

53) Vgl. auch § 5 Abs. 4.

54) Vgl. die Ausführungen auf S. 60.

55) Vgl. die Ausführungen auf S. 62.

rührt. Er kann nur von seiner Aufrechnungsbefugnis dann keinen Gebrauch machen[56], wodurch sie für ihn wertlos wird. Trifft jedoch den Einleger einer Erlaßverpflichtung eine Schadensersatzpflicht nach § 437 BGB., so braucht dieser nicht immer den vollen Nennbetrag seiner angeblichen Forderung gegen die GmbH. zu ersetzen, da er für die Güte der Forderung nach § 438 BGB. nicht schlechthin haftet.

Eine auf Vergütung für bereits geleistete oder noch zu leistende Arbeit gerichtete Forderung eines Einlegers gegen die GmbH. ist nicht geeignet, im Gesellschaftsvertrage zur Aufrechnung zugelassen oder auf dem Wege über einen Erlaßvertrag eingebracht zu werden[57]. Es würde so dasselbe erreicht werden, als wenn von vornherein gleich die geleistete oder noch zu leistende Arbeit des Inferenten eingelegt werden würde. Die Zulässigkeit einer solchen Einlage wurde aber bereits in § 12 b dieser Arbeit verneint.

c 2.

Einlegung gesellschaftsrechtlicher Forderungen alter Gesellschafter an die GmbH.

α) Dividendenforderungen und Forderungen aus Auflösung von Reservefonds.

Der gleiche Vorgang, welcher bei der AG. fälschlich als Ausgabe von G r a t i s aktien bezeichnet wird, findet sich bei der GmbH. wieder. Falsch ist diese Bezeichnung deshalb, weil bei beiden Gesellschaften niemand eine Mitgliedschaft originär erwerben kann, ohne sich mit einer Einlage am Grund- oder Stammkapital zu beteiligen. Es handelt sich hier um eine Ausschüttung von Gesellschaftskapital an die Gesellschafter zu Einlagezwecken, was nur bei Kapitalserhöhung möglich ist, da vor der Gründung eine GmbH. als solche und damit ein Gesellschaftsvermögen noch nicht vorhanden ist. In Betracht kommen bei der GmbH. die Ausschüttung von Reservefonds, von Fonds, die durch Einzahlung von Nachschüssen entstanden sind, und schließlich auch die Ausschüttung von Jahresgewinnen.

56) Anders OLG. Dresden in LZ. 1907, S. 606, welches die Einlage unter Aufrechnungsbefugnis als Sacheinlage ansieht.

57) So auch Hachenburg, a.a.O. § 5, Anm. 23, S. 201/202, Brodmann, a.a.O. § 5, Anm. 4 f, S. 39; Feine, a.a.O. § 6, III, S. 108.

Der Jahresgewinn oder das in Form der genannten Fonds gebundene Gesellschaftskapital wird durch Beschluß der Gesellschafterversammlung unter die Gesellschafter verteilt, wodurch für jeden Bedachten eine Forderung gegen die GmbH. in Höhe des zugeteilten Betrages entsteht. Im Zusammenhang damit wird gleichzeitig eine Stammkapitalserhöhung vorgenommen, wobei die Erhöhungsziffer durch Einlegung der durch den Beschluß entstandenen Forderungen seitens der alten Gesellschafter gedeckt wird. Hier tauchen zunächst alle im vorigen Abschnitt behandelten, im Zusammenhang mit der Einlegung einer gegen die erhöhende GmbH. gerichteten Forderung entstehenden Fragen auf. Da es sich hier aber um Forderungen gesellschaftsrechtlichen Ursprungs handelt, ergeben sich daraus noch einige Besonderheiten. Was insbesondere die Dividendenforderung anbetrifft, so steht jedem Gesellschafter schon vor dem oben erwähnten Verteilungsbeschluß nach § 29 schlechthin eine mitgliedschaftlicher Anspruch auf den nach der jährlichen Bilanz sich ergebenden Reingewinn zu[58]. Und zwar ist die Höhe dieses Anspruchs für jedes einzelne Geschäftsjahr entweder nach dem Maßstab des § 29, Abs. 2, Satz 1 oder einem etwa durch besondere Satzungsbestimmung festgelegten abweichenden Maßstab[59] zu errechnen. Erst mit dem nach Feststellung der Jahresbilanz erfolgenden Verteilungsbeschluß[60] (§ 46, Ziff. 1) entsteht jedoch ein unbedingtes, einklagbares Drittgläubigerrecht. Ob schon der vorher bestehende mitgliedschaftliche Dividendenanspruch einlagefähig ist, erscheint zweifelhaft. Denn bis zur Beschlußfassung über die Gewinnverteilung kann der Verteilungsmaßstab durch satzungsändernden Beschluß unter Wahrung des Prinzips der Gleichberechtigung auch gegen den Willen des Anspruchsinhabers abgeändert werden[61]. Bis zur Beschlußfassung über die Gewinnverteilung steht also noch nicht unbedingt fest, in welcher Höhe dem einzelnen Gesellschafter eine Dividenden-

58) Durch Satzungsbestimmung kann jedoch auch eine Gewinnverteilung völlig ausgeschlossen werden. Vgl. § 29, Abs. 1. Die Befugnisse der Gesellschafterversammlung können gemäß § 45 z. B. auch anderen Gesellschaftsorganen übertragen werden.

59) Es bestehen häufig Sonderrechte einzelner Gesellschafter auf erhöhten Gewinnbezug. Vgl. § 29, Abs. 2. Auch kann im Statut bestimmt werden, daß die Gesellschafterversammlung über die Verwendung des Gewinnes nach ihrem Gutdünken beschließen kann.

60) Vgl. z. B. RGZ. 87, S. 386.

61) Gegen die herrschende Ansicht hält Feine, a.a.O. § 27, II, 1, S. 364 einen Verteilungsbeschluß für überflüssig, wenn sich schon aus Gesetz oder Satzung der Verteilungsmaßstab ergibt.

forderung zusteht[62]. Jedoch wird es kaum jemals an dem Verteilungsbeschluß fehlen. Denn dieser wird notfalls in den bei Sacheinlagen nach § 56 im Erhöhungsbeschluß festzusetzenden Geldbeträgen, für welche die Einlagen angenommen werden, zu erblicken sein. Vorauszusetzen ist jedoch, daß bei Fassung des Erhöhungsbeschlusses die Jahresbilanz vorgelegen hat, die Summe der Einlagen sich mit dem aus der Bilanz ergebenden Reingewinn deckt und die Einlagenbeträge der Gesellschafter sich zueinander wie die nach dem gesetzlichen oder statutarischen Gewinnverteilungsmaßstab zu verteilenden Gewinne verhalten.

Oft wird im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung ein Gewinnverteilungsbeschluß gefaßt, nach welchem den Gesellschaftern ihre Gewinne lediglich zur Verrechnung gegen zu übernehmende Stammeinlageverpflichtungen zur Verfügung gestellt werden. Ein solcher Beschluß verstößt in der Regel gegen den Grundsatz gleichmäßiger Behandlung bei der Gewinnverteilung. Für die Gesellschafter sollen zwar Forderungen auf Gewinn entstehen. Diese Forderungen sollen aber nicht übertragbar[63], nur gegen eine Stammeinlageforder- und aufrechenbar[64] bzw. dadurch auflösend bedingt sein, daß der Gesellschafter es unterläßt, die Verpflichtung zum Erlaß seiner Dividendenforderung als Sacheinlage einzubringen. Darin, daß dem einzelnen Mitglied, welches keine Stammeinlage übernehmen will, der Gewinnanspruch vollständig entzogen wird, während die anderen Mitglieder ihn behalten, liegt der Verstoß gegen den Grundsatz gleichmäßiger Behandlung[65]. Gewinnverteilungsbeschlüsse mit derartigen Klauseln können zwar, wie sich aus § 29 ergibt, durch besondere Satzungsbestimmung — allerdings immer nur unter Zustimmung der Betroffenen — zugelassen werden. In den erwähnten Klauseln ist dann

62) Vgl. Hachenburg, a.a.O. § 5, Anm. 23, S. 201; Scholz, a.a.O. § 56, III, Abs. 2, S. 564. Nicht ausschlaggebend für die Einlagefähigkeit ist die Frage (s. Scholz), ob die eingelegte Forderung fällig ist. Abgesehen davon, ob es richtig ist, zu sagen, daß der Gewinnanspruch durch den Verteilungsbeschluß „fällig" wird, kann m. E. auch eine noch nicht fällige Forderung Gegenstand einer Sacheinlage sein.

63) Analog zu § 399 BGB.

64) Analog zu § 391, Abs. 2 BGB.

65) Vgl. hierzu die nicht ganz klaren Ausführungen von Brodmann, a.a.O. § 56, Ziff. Ib, S. 222. Gleicher Ansicht für die Aktienges. Güldenstern, a.a.O., S. 67; Staub-Pinner, a.a.O. § 279, Anm. 2 S. 488. Vgl. auch RGZ. 76, S. 159 und Warneyer Rspr. 1918 Nr. 133, S. 201, wo bei der Verletzung eines Sonderrechts nicht schlechthin eine unmittelbare Einwirkung auf das Sonderrecht verlangt wird. Anders Scholz, a.a.O. § 56, III, Abs. 2, S. 565 für die GmbH., der einen falschen Ausgangspunkt hat.

ein Verstoß gegen das Prinzip gleichrechtlicher Behandlung nicht mehr zu erblicken. Eine solche Satzungsbestimmung wird aber selten vorkommen. Ihr Vorliegen darf nicht immer schon dann angenommen werden, wenn kraft Gesellschaftsvertrag der Gesellschafterversammlung freie Verfügung über den Jahresgewinn zusteht. Auch in einem solchen Falle sind allen Gesellschaftern, wenn an sie überhaupt Gewinne ausgeschüttet werden sollen, diese nach Verhältnis der Geschäftsanteile zuzuschreiben. Auf das Recht auf gleichmäßige Behandlung kann aber durch Zustimmung zu dem dieses Recht verletzenden Beschlusse verzichtet werden[66], sodaß ein an sich schwebend unwirksamer[67] Gewinnverteilungsbeschluß der hier behandelten Art z. B. schon bei einstimmiger Annahme durch alle Gesellschafter vollgültig ist. Jedoch auch bei Einlegung von solchen Dividendenforderungen bei Kapitalserhöhung, die mangels Zustimmung des in seinem Recht auf Gleichbehandlung Verletzten schwebend unwirksam sind, entsteht die Einlageverpflichtung gültig. Wird nicht nachträglich dem Gewinnverteilungsbeschluß zugestimmt, so tritt an die Stelle der Verpflichtung zum Erlaß der Dividendenforderung nach § 437 BGB eine Schadensersatzforderung[68]. Dies gilt auch bei Nichtentstehung der Forderung wegen Nichtigkeit des Verteilungsbeschlusses aus anderen Gründen oder wegen Nichtigkeit des Bilanzfeststellungsbeschlusses.

Ist zur Zeit der Beschlußfassung über die Verteilung von Jahresgewinn die GmbH. in einer derartigen Vermögenslage, daß die Auszahlung von Gewinn nach § 30 unzulässig wäre, so wird dadurch die Gültigkeit des Gewinnverteilungsbeschlusses nicht immer in Frage gestellt. Es muß hier keineswegs stets ein Fehler in der Bilanzierung vorliegen. Die Bilanz braucht nach § 41 Abs. 2 nicht sofort nach Schluß des alten Geschäftsjahres, sondern erst im Verlauf der ersten drei Monate des neuen Geschäftsjahres aufgestellt zu werden. Die Feststellung der Bilanz[69] kann noch später erfolgen, und durch die etwa getrennt von der Feststellung vorgenommenen Gewinnverteilung ist eine weitere Verzögerung möglich. Die Vermögenslage der GmbH. kann sich inzwischen grundlegend verschlechtert haben, sodaß wohl eine nach Fassung des Verteilungsbe-

66) Vgl. die Ausführungen auf S. 31/32.
67) Vgl. die Ausführungen auf S. 32/35.
68) Vgl. die Ausführungen auf S. 59/60.
69) § 46, Ziff. 1.

schlusses erfolgende Gewinnauszahlung, nicht aber eine schon am Schluß des Geschäftsjahres erfolgende Auszahlung von Gewinnen gegen § 30 verstoßen würde. Durch einen unter diesen Umständen gefaßten Gewinnverteilungsbeschluß entstehen gültige Dividendenforderungen für die Gesellschafter, die auch einlagefähig sind. Es liegt zwar nahe, daran zu denken, daß durch den Verteilungsbeschluß eine verbotene Leistung versprochen wird. Dann wäre der Verteilungsbeschluß und somit auch die durch ihn geschaffene Dividendenforderung wegen Verstosses gegen das Gebot des § 30 nach § 134 BGB. nichtig. Da jedoch bei gutem Glauben des Empfängers gemäß § 31, Abs. 2, eine gegen die Vorschrift des § 30 erfolgte Auszahlung je nach den Umständen als teilweise oder sogar als volle Erfüllung gelten, und überhaupt jeder Dritte stets wirksam die Dividendenschuld der Gesellschaft tilgen kann, so ergibt sich aus § 134 BGB., daß infolge anderweitiger Regelung im GmbH.-Gesetz der Verteilungsbeschluß, d. i. das Rechtsgeschäft, durch welches die Dividendenforderung begründet wird, gültig ist. Wird also die Verpflichtung zum Erlaß einer unter solchen Umständen entstandenen Dividendenforderung eines alten Gesellschafters als Sacheinlage benutzt, so ist die Einlageverpflichtung gültig. Es tritt auch keine Ersatzverpflichtung analog zu § 437 BGB. anstelle der Erlaßverpflichtung, sondern der Fall liegt genau so, als wenn eine Forderung gegen einen zur Zeit nicht zahlungsfähigen Schuldner eingebracht worden wäre[70]. Wenn jedoch eine solche Dividendenforderung im Erhöhungsbeschluß zur Aufrechnung zugelassen wird[71], so ist eine Aufrechnung, so lange eine Dividendenauszahlung der GmbH. gegen § 30 verstoßen würde, wegen Verstosses gegen § 30 nach § 134 GBG. nichtig, es sei denn, daß der aufrechnende Gesellschafter nach § 31 Abs. 2 in gutem Glauben war und das Geld nicht zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Denn auch die Aufrechnung ist als „Auszahlung" im Sinne des § 30, Abs. 1 anzusehen.

Werden Forderungen, die aus Auflösung von Reservefonds entstanden sind, zu Einlagezwecken bei der Kapitalserhöhung verwendet, so treten im wesentlichen dieselben Fragen auf, wie bei gleicher Verwendung von Dividendenforderun-

70) Vgl. die Ausführungen auf S. 59/60.

71) Wenn man dies nicht gelten lassen will, darf man die Erörterungen für die Frage der Nichtigkeit nicht auf die Vermögenslage der Gesellschaft zur Zeit der Eintragung der Erhöhung abstellen.

gen. Reserven sind Teile des Reingewinns aus früheren Jahren, die von der Verteilung auf Zeit durch Satzung oder Gesellschafterbeschluß ausgeschlossen sind[72]. Schon im Gesellschaftsvertrag kann festgesetzt werden, daß Reservefonds zu bilden sind[73], was zur Einsetzung von Reservefondsposten in die Passivseite der Bilanz führt[74]. Aber auch dann, wenn der Gesellschafterversammlung nach § 29, Abs. 1, 2. Hlbs. im Gesellschaftsvertrag freie Verfügung über den Jahresgewinn eingeräumt worden ist, kann diese Bildung von Reservefonds beschliessen. Die Auflösung von Reservefonds ist daher als verspätete Gewinnverteilung zu betrachten. Aus der Art der Entstehung der Reservefonds ergibt sich auch, daß die Auflösung eines auf Grund einer Satzungsbestimmung gebildeten Reservefonds nur durch Satzungsänderung und die Auflösung eines auf Grund einfachen Gesellschafterbeschlusses gebildeten Reservefonds auch durch ebensolchen Beschluß vor sich gehen kann. Sieht der Auflösungsbeschluß Rückzahlung an die Gesellschafter vor, so entsteht für diese mit Beschlußfassung, gegebenenfalls auch erst mit Eintragung des Beschlusses nach § 54 die Rückzahlungsforderung. Vorausgesetzt ist natürlich, daß ein Reservefond gültig gebildet worden ist. Liegt diese Voraussetzung nicht vor, oder ist auf Grund von Mängeln des Rückzahlungsbeschlusses, die zu seiner Nichtigkeit führen, die Forderung nicht entstanden, so ist trotzdem die auf Erlaß der Forderung gerichtete Sacheinlageverpflichtung doch gültig. An Stelle der Erlaßverpflichtung tritt die Haftungspflicht analog zu § 437 BGB.[75]. Für den Fall, daß die Auszahlung der zur Einlage benutzten Forderung zur Zeit der Beschlußfassung gegen § 30 verstoßen würde, wird auf die auch hier einschlägigen Ausführungen auf S. 68 bezüglich der Einlegung von Dividendenforderungen verwiesen.

2 β.

Forderungen auf Rückzahlung von Nachschüssen.

Die Rückzahlung von Nachschüssen kann durch die Gesellschafter (§ 46, Ziff. 3, § 30, Abs. 2) oder auch nach § 45,

72) Vgl. Brodmann, a.a.O. § 42, Ziff. 5 b, S. 170/171; Liebmann-Saenger, a.a.O. S. 42 Anm. 6 c, S. 225; Hachenburg a.a.O. § 42, Anm. 58, S. 91; Feine, a.a.H. § 17, II, S. 243.
73) Vgl. § 29, Abs. 1, 2, Hlbs.
74) Vgl. § 42, Ziff. 4.
75) Vgl. die Ausführungen auf S. 59/60.

Abs. 2, durch ein anderes dafür im Gesellschaftsvertrag bestimmtes Organ beschlossen werden. Der Rückzahlungsbeschluß erzeugt eine Forderung der Gesellschafter, die Inhaber derjenigen Geschäftsanteile sind, auf welche die Nachschüsse s. Zt. eingezahlt wurden[76]. Die Rückzahlung darf nicht vor Ablauf von drei Monaten nach Bekanntmachung in den § 30, Abs. 2 genannten Blättern erfolgen[77]. Wird nun die Verpflichtung zum Erlaß einer Rückzahlungsforderung bei Kapitalserhöhung als Sacheinlage zu einer Zeit eingelegt, zu welcher die Dreimonatsfrist noch nicht abgelaufen oder eine Einrükkung des Beschlusses in die Gesellschaftsblätter überhaupt noch nicht erfolgt ist, so wird der Erhöhungsbeschluß, in welchem eine solche Sacheinlagenfestsetzung erfolgt, dadurch nicht nichtig. Dies leuchtet ohne weiteres dann ein, wenn die Dreimonatsfrist zur Zeit der Eintragung der Erhöhung bereits abgelaufen ist. Es ist aber auch nicht anders, wenn die Frist in diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen ist. Eine erst künftige Forderung ist die Rückzahlungsforderung deshalb nicht. Sie ist bereits entstanden. Veröffentlicht die Gesellschaft den Beschluß nicht, so kann dies jeder Gesellschafter, welcher Gläubiger einer Rückzahlungsforderung ist, erzwingen. Das Erfordernis der Publikation ist lediglich im Interesse der Drittgläubiger gegeben. Der Gesellschaft sollte damit kein Mittel an Hand gegeben werden, die Auszahlung der Rückzahlungsforderungen durch Unterlassung der Bekanntmachung zu inhibieren. Die Verpflichtung zum Erlaß einer Rückzahlungsforderung ist also auch vor Ablauf der Dreimonatsfrist bedenkenfrei einlagefähig, da der Einlegende seiner Einlageverpflichtung uneingeschränkt nachkommen kann. Sind zur Zeit der Beschlußfassung über die Rückzahlung von Nachschüssen die Stammeinlagen noch nicht voll eingezahlt worden, oder sind die eingezahlten Nachschüsse zur Deckung eines Verlustes am Stammkapital erforderlich, so ist eine Rückzahlung von Nachschüssen nach § 30, Abs. 2, Satz 3, unzulässig. Hinsichtlich der Gültigkeit einer Stammeinlageverpflichtung, die auf Erlaß einer unter solchen Umständen entstandenen Nachschußrück-

---

76) Die Nachschußpflicht braucht nicht allen Gesellschaftern einheitlich auferlegt zu werden. S. die Ausführungen auf S. 75/78.

77) Scholz, a.a.O. § 56, III, Abs. 2, S. 565 sieht hierin fälschlich eine Hinausschiebung der Fälligkeit. Darum handelt es sich nicht. Denn eine noch nicht fällige Forderung ist vor Fälligkeit voll erfüllbar. Es handelt sich hier nur um eine Einschränkung der Erfüllbarkeit.

zahlungsforderung lauten, trifft das auf S. 68 für die Einlegung einer Dividendenforderung Gesagte zu.

d.

Einlegung von eigenen Geschäftsanteilen der GmbH.

Eigene Geschäftsanteile der GmbH. sind bei Stammkapitalserhöhung einlagefähig[78]. Brodmann[79] bestreitet dies zwar mit dem Hinweis darauf, daß die GmbH. durch Einlegung eines eigenen Geschäftsanteils keinen Vermögenszuwachs erhalte. Der Vermögenswert, welchen ein solcher Geschäftsanteil habe, sei auch schon, ohne daß die GmbH. Inhaber des Anteils werde, im Gesellschaftsvermögen enthalten. Eine im Besitz von eigenen Geschäftsanteilen befindliche GmbH. sei mit einem Eigentümer, der auf seinem Grundstück eine Eigentümergrundschuld ruhen habe, zu vergleichen. Sie besitze ihr Vermögen lediglich aus zweierlei Rechtsgründen.

Es scheint dies auf den ersten Blick richtig zu sein, wenn man beachtet, daß die in dem Geschäftsanteil enthaltenen vermögenswerten Rechte, wie der Gewinnanspruch und der Anspruch auf den Liquidationserlös, aus dem Vermögen der GmbH. zu befriedigen sind. Entscheidend ist jedoch, worauf Scholz[80] hinweist, daß der Geschäftsanteil einen selbständigen Verkehrswert hat. Brodmann[81] behauptet demgegenüber, daß eine Veräußerung sich auf Kosten der Gesellschafter vollziehe und demnach das Entgelt für den Geschäftsanteil in Wahrheit der GmbH. gar nicht zugute komme. Dies ist nicht recht verständlich. Es ist schon nicht immer richtig, daß sich die Veräußerung stets auf Kosten der Gesellschafter vollzieht. Es kommt darauf an, welcher Preis bzw. Ueberpreis über den Nennbetrag für den Geschäftsanteil erzielt wird. Dies wird sich meist nach dem vorhandenen Geschäftsvermögen der GmbH. und deren Zukunftsaussichten bestimmen. Jedoch können bei der Preisbildung auch z. B. Aufkaufabsichten zum Zwecke der Beseitigung einer unerwünschten Konkurrenz eine Rolle spielen, sodaß das Geschäftsvermögen und die Aussichten des

78) So auch Scholz, a.a.O. § 56, III, Abs. 3 S. 565, Hachenburg, a.a.O. § 56, Anm. 2, S. 246; § 5, Anm. 53, S. 223; RGZ. 76, S. 158/159.
79) Brodmann, a.a.O. § 56, Anm. 1 c, S. 223 i. Vbdg. m. § 32, Anm. 2 n S. 136/137.
80) Scholz, a.a.O. § 56, III, 3 S. 565.
81) Brodmann, a.a.O. § 33, Anm. 2 h, S. 137.

Betriebes dann nicht mehr eine so große Bedeutung für die Preisbildung haben. Unter Umständen können den Gesellschaftern hinsichtlich des Anteils am Liquidationserlös und bezüglich ihrer Aussichten auf zu erzielenden Gewinn durch den Kapitalszufluß aus dem Verkauf von eigenen Geschäftsanteilen der GmbH. sogar Vorteile erwachsen. Dies läßt sich an praktischen Beispielen leicht nachprüfen.

Es kommt aber durchaus nicht darauf an, ob ein Verkauf eines eigenen Geschäftsanteils tatsächlich auf Kosten der Gesellschafter geschieht, wenn ein solcher nur eine Vermehrung des Vermögens der GmbH. zur Folge hat. Der GmbH. fließt aber doch der Kaufpreis zu. Maßgebend für die Frage der Einlagefähigkeit eines eigenen Geschäftsanteils ist lediglich das Vermögen der GmbH. und nicht das Vermögen der Gesellschafter. Auch von Brodmann wird die Einlagefähigkeit nur deshalb geleugnet, weil der Stammkapitalerhöhungsbetrag nicht durch Einlage von Gegenständen gedeckt werden kann, die in Händen der Gesellschaft der Natur der Sache nach keinen selbständigen Vermögenswert darstellen können. Der tiefere Sinn seiner Bedenken ist demnach der, daß den Gläubigern der GmbH. nicht das Kapital zum Zugriff bereitgestellt und gesichert wird, welches sie auf Grund der Stammkapitalserhöhung neu im Besitze der GmbH. erhoffen durften. Auch bei Brodmann spielt also letzten Endes nur das GmbH.Vermögen und nicht das Vermögen der GmbH.-Gesellschafter eine Rolle. Das Vermögen der GmbH. als juristische Person und dasjenige der Gesellschafter muß für die vorliegende Frage nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich auseinandergehalten werden. Da bei Verkauf eines Geschäftsanteils der Kaufpreis dem Gesellschaftsvermögen zufließt, muß der eigene Geschäftsanteil auch vor dem Verkauf als ein das Vermögen der GmbH. erhöhender Wertgegenstand angesehen werden.

Brodmann will[82] mit den Folgen schrecken, die sich bei Bejahung der Einlagefähigkeit von eigenen Geschäftsanteilen ergeben könnten. Er führt als Beispiel an, daß eine GmbH. mit einem Stammkapital von 20 000 M., bei der sich Passiven und Aktiven bilanzmäßig gerade decken, es unternimmt, ihr Stammkapital lediglich durch immer erneute Einlage der Geschäftsanteile der Gesellschafter von 20 000 M. auf 40 000 M.,

82) Brodmann, a.a.O. § 56, 1 c, S. 223.

von 40 000 M. auf 60 000 M. usw. zu erhöhen. Mindestens bei der ersten Einlegung seien nach Brodmann die Geschäftsanteile noch ihren Nennbetrag wert. Schon in dieser letzten Behauptung liegt eine fehlerhafte Verallgemeinerung. Bei ordnungsmäßiger Bewertung darf als Wert der Geschäftsanteile auch bei der ersten Einlegung derselben keinesfalls immer ihr Nennwert angenommen werden. Maßgebend ist der Preis, den die GmbH. bei einem Verkauf des Geschäftsanteils erzielen könnte. Verkaufen kann und darf sie diesen aber erst nach Eintragung der Kapitalserhöhung und damit nach Entstehung der neuen Geschäftsanteile. Dann wirken die neuen Geschäftsanteile auf die alten aber bereits wertmindernd, da der den alten Anteilen innewohnende Gewinn und Liquidationsanspruch wegen des trotz Stammkapitalserhöhung gleichbleibenden Gesellschaftsvermögens[83] sowohl verhältnismäßig kleiner wird, als auch im Werte sinkt. Verkauft die Gesellschaft die ihr übertragenen Geschäftsanteile, ohne daß sich nach Einbringung derselben in ihrem Vermögensstand etwas geändert hat, so wird sie von einem den Liquidationserlös und die Gewinnaussichten ordnungsmäßig abschätzenden Käufer als Kaufpreis kaum viel mehr als die Hälfte des Nennbetrages erhalten, wenn die GmbH. nicht gerade große Zukunftsaussichten hat oder sonst großes Interesse an ihr genommen wird. Dies läßt sich an Hand von Zahlenbeispielen leicht nachprüfen. Sind die eingelegten Geschäftsanteile nach Maßgabe obiger Erörterungen ordnungsmäßig bewertet worden, so ergeben sich also aus der Bejahung der Einlagefähigkeit keine irgendwie gefährlichen Folgen. Sind die Geschäftsanteile aber ordnungswidrig zu hoch bewertet worden, so liegt es nicht anders, als wenn sonst eine Sacheinlage anderer Art zu hoch bewertet wird.

Auch dann sind eigene Geschäftsanteile einlagefähig, wenn sich die Gesellschaft im Augenblick der Stammkapitalserhöhung in einer solchen Vermögenslage befindet, daß sie eigene Geschäftsanteile außerhalb der Kapitalerhöhung nicht ohne Inangriffnahme des zur Deckung des Stammkapitals notwendigen Gesellschaftsvermögens erwerben könnte. Die Vorschrift des § 33, Abs. 2, ist hier, abgesehen davon, daß es sich um eine Sollvorschrift handelt, weder unmittelbar noch ana-

83) Wenn man einmal von dem Zuwachs durch die Einlegung der alten Geschäftsanteile selber absieht, da dessen Höhe ja erst auf dem eingeschlagenen Wege ermittelt werden soll.

log anwendbar. Die Uebernehmer erhalten ja einen Gegenwert für die alten Geschäftsanteile (wirtschaftlich gesehen) nur in Form ihrer neuen Mitgliedschaft, also ohne daß aus dem Vermögen der GmbH. etwas entnommen wird.

Die GmbH. darf bei Stammkapitalserhöhung jedoch eigene Geschäftsanteile dann nicht erwerben, wenn auf diese die Stammeinlagen noch nicht voll gezahlt sind[85]. Eine entgegen diesem gesetzlichen Verbot erfolgte Uebertragung von Geschäftsanteilen ist nach § 134 BGB. nichtig. Der Einlegende kann also seine auf Uebertragung des Geschäftsanteils lautende Einlageverpflichtung dann nicht erfüllen. Ein Geschäftsanteil, auf welchen die Stammeinlage noch nicht voll bezahlt ist, kann also als Einlage nicht benutzt werden. Es kann nichts ausmachen, daß die Uebertragung später doch einmal durch Volleinzahlung der Stammeinlagen möglich werden kann, da der Zeitpunkt, wann dies eintritt, völlig ungewiß ist. Werden die Stammeinlagen jedoch vor der Eintragung der Stammkapitalserhöhung bezahlt, so sind vollgültige Stammeinlageverpflichtungen entstanden.

4. Abschnitt.

Die gesellschaftsrechtlichen Leistungspflichten außer der Stammeinlageverpflichtung.

§ 13.

Allgemeines über Nachschuß- und Sonderleistungspflichten.

Neben der Verpflichtung zur Leistung der Stammeinlage können den Gesellschaftern einer GmbH. auch Verpflichtungen zur Leistung von Nachschüssen (§ 26 ff.) und zu irgendwelchen sonstigen Leistungen, die sowohl in einem Handeln als auch in einem Unterlassen bestehen können (§ 3 Abs. 2), auferlegt werden. Diese Pflichten gelangen nur durch Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag nach Art, Umfang und Höhe[1] zur Entstehung.

Die gemäß § 3, Abs. 2, den Gesellschaftern auferlegten Pflichten sollen hier Sonderleistungspflichten genannt werden.

85) Vgl. § 33, Abs. 1.

1) Vgl. Brodmann, a.a.O. § 3, Anm. 7 f, S. 26; RGZ. 79, S. 336. Vgl. auch RGZ. 47, S. 184; aber auch RGZ. 87, S. 265 und Müller-Erzbach, a.a.O. Kap. 68, IV, Abs. 2, S. 347.

Der viel gebrauchte Ausdruck „Nebenleistungspflichten" wird ihrer Bedeutung bei den häufig auftretenden Kartellgesellschaften mbH., für welche gerade diese Pflichten gegenüber der Stammeinlagepflicht weitaus größere Bedeutung haben, nicht gerecht. Als Sonderleistungen kommen z. B. Anbau und Lieferung von Rüben, Fuhrdienste, Unterlassung von Wettbewerb, Leistung von Geschäftsführerdiensten und so weiter, aber auch Geldzulagen in Frage. Die Sonderleistungspflichten können sowohl einzelnen als auch allen Gesellschaftern, und zwar in ganz verschiedenem Umfange, auferlegt werden[2].

Auch die Verpflichtung zur Nachschußzahlung, welche stets eine Verpflichtung zur Geldzahlung ist, kann sowohl allen Gesellschaftern gemeinschaftlich als auch nur einzelnen Gesellschaftern auferlegt werden. Ferner kann im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden, daß sich die Höhe der Einzahlungen der Gesellschafter nach einem anderen Maßstab als nach dem Verhältnis der Nennbeträge der einzelnen Geschäftsanteile richten soll. Diese Möglichkeit wird allerdings mit dem Hinweis auf den Wortlaut des § 26, Abs. 2 und unter Bezugnahme auf die Motive bestritten. Es wird behauptet, daß eine Nachschußpflicht nur allen Mitgliedern ausnahmslos und einheitlich und zwar nach Verhältnis ihrer Geschäftsanteile auferlegt werden könne[3]. In den Motiven Entwurf I, S. 74, Ent. II, S. 58 heißt es unter Bezugnahme darauf, daß die Einzahlung der Nachschüsse gemäß § 26 Abs. 2 nach Verhältnis der Geschäftsanteile zu erfolgen habe, daß ein anderer Maßstab auch im Gesellschaftsvertrag nicht festgesetzt werden könne, da die Nachschüsse einen Teil der Gesamteinlage des einzelnen Gesellschafters bildeten und das Verhältnis der Einzahlungen auf diese nur ein einheitliches sein könne. Das Gesetz selbst bietet jedoch keine Handhabe für eine Einordnung von Stammeinlagen- und Nachschußverpflichtung unter den einheitlichen Begriff „Gesamteinlage". Anders als bei den Stammeinlageverpflichtungen, ohne die eine Mitgliedschaft nicht entstehen kann, steht es im freien Belieben der Gesellschafter, Nachschußverpflichtungen einzuführen (§ 26). Die Schutzvorschriften, die bezüglich der Stammeinlagen zum Zwecke der Erhaltung des Stammkapitals mit Rücksicht auf

2) Dies ist unbestritten. Vgl. Scholz, a.a.O. § 3 III, 3 a S. 69; Feine, a.a.O. § 7 Abs. 1 S. 120.

3) Vgl. Crüger-Crecelius, a.a.O. § 26, Anm. 3; S. 175 und Cosack, a.a.O. § 41, V, 2 b.

die GmbH.-Gläubiger getroffen sind, (§§ 19, 24, 25), fehlen bei den Nachschüssen fast völlig. Nur § 30 Abs. 2 bringt etwas Aehnliches wie § 19 in bedeutend verminderten Umfange. Für die Stammeinlagen sind die in §§ 21—23 getroffenen Vorschriften zwingenden Rechts (§ 25), während diese Vorschriften für die Nachschüsse nur dispositiven Charakter haben (§ 28). Die Stammeinlageverpflichtungen und die Nachschußverpflichtungen haben also eine ganz verschiedene gesetzliche Regelung erfahren. Der Ausdruck „Gesamteinlage" wird im Gesetz überhaupt nicht gebraucht. Der Begriff der sog. „Gesamteinlage" kann also zur Lösung des vorliegenden Problems nicht herangezogen werden.

Auch die in § 26 getroffenen Vorschriften stehen der hier bezüglich der Nachschußverpflichtungen vertretenen Ansicht nicht entgegen. Diese Vorschriften können nicht isoliert von der gesetzlichen Regelung betrachtet werden, welche das Institut der Nachschüsse sonst gefunden hat. Abgesehen davon, daß es, wie bereits erwähnt, im Belieben der Gesellschafter steht, ob sie Nachschußverpflichtungen überhaupt einführen wollen, ist die Gesellschaft auch hinsichtlich der Disposition über einmal eingeführte und durch Beschluß (§ 26) eingeforderte Nachschußzahlungen vollständig frei. Der Gesellschaft ist anders wie bei den Stammeinlageverpflichtungen (§ 19) Stundung und Erlaß eingeforderter Nachschußzahlungen vollständig unbenommen[4], soweit nicht das Recht derjenigen Gesellschafter auf gleichmäßige Behandlung, welchen nicht erlassen oder gestundet worden ist, hierdurch verletzt wird[5]. Aber auch diese Gesellschafter können auf das Recht auf gleichmäßige Behandlung verzichten[6], was Scholz[7] mit Recht betont. Selbst in dem Falle, in welchem das Stammkapital nur noch unter Hinzurechnung der Forderungen als unversehrt gelten kann, welche der GmbH. auf Grund eines auf Einforderung von Nachschüssen lautenden Beschlusses zustehen, ist ein Erlaß sowohl aller als auch einzelner Nachschußzahlungen möglich. Denn § 30 Abs. 2 verbietet nur die Zurückzahlung bereits eingezahlter Nachschüsse, aber nicht Verfügungen der GmbH. über ihre durch Einforderungsbeschluß gemäß

4) So Scholz, a.a.O. § 26, III 2, S. 298; Hachenburg, a.a.O. § 26, Anm. 12, S. 449; Feine, a.a.O. § 24, II 2, S. 322; Brodmann, a.a.O. § 26, Anm. 4, S. 112.
5) Feine, a.a.O. § 24, II 3, S. 322; Scholz, a.a.O. § 26 III 2.
6) Vgl. die Ausführungen auf S. 31/32.
7) Scholz, a.a.O. § 26, III, 2, S. 298.

§ 26 entstandenen Nachschuß f o r d e r u n g e n gegen die Gesellschafter. Während durch das Verbot einer „A u s z a h l u n g" von Gesellschaftsvermögen in § 30 Abs. 1 ausdrücklich auch der Erlaß von Forderungen gegen die Gesellschafter mitgetroffen werden sollte, ist für die mitgliedschaftliche Nachschußverpflichtung eine Sonderregelung in dem oben erörterten Sinne durch § 30 Abs. 2 getroffen worden[8].

Eine unterschiedliche Behandlung der Nachschußschuldner nach Entstehung ihrer Nachschußschulden ist also sowohl in dem Sinne möglich, daß für die Einziehung infolge von Stundung und t e i l w e i s e n Erlaß ein anderer als der in § 26 vorgeschriebene Maßstab zugrunde gelegt wird, als auch in dem Sinne, daß infolge vollständigen Erlasses die betreffenden Gesellschafter praktisch für den vorliegenden Einforderungsbeschluß von der Nachschußpflicht ausgenommen werden. Was aber nach Einforderung zulässig ist, muß auch schon im Einforderungsbeschluß selbst zulässig sein, wobei dann natürlich ein schlechthin gültiger Beschluß nur unter Zustimmung der durch Verletzung des Grundsatzes der gleichmäßigen Behandlung Benachteiligten zustande kommt. Kann aber von Fall zu Fall bei jedesmaliger Fassung eines Einforderungsbeschlusses eine von dem in § 26 Abs. 2 niedergelegten Prinzip abweichende Regelung getroffen werden, so ist nicht einzusehen, warum dies nicht auch bereits im Gesellschaftsvertrag selbst, der die Möglichkeit von Nachschußerhebungen überhaupt erst schafft, geschehen kann. Es ist demnach schon bei Festsetzung der Nachschußerhebungsmöglichkeit im Gesellschaftsvertrag zulässig, etwas von dem Maßstab des § 26 Abs. 2 vollkommen Abweichendes, gegebenenfalls vollkommene Freilassung einzelner Gesellschafter von einer Nachschußpflicht, zu statuieren[9]. Die von der Nachschußpflicht in einem solchen Falle

8) So auch Hachenburg, a.a.O. § 30, Anm. 12, S. 487; Feine, a.a.O. § 24, II 3, S. 322. (Vgl. seinen Hinweis auf Liebmann-Saenger, Anm. 30) Scholz, a.a.O. § 26, III 2, S .298; Liebmann-Saenger, a.a.O., § 26, Anm. 10, S. 157; Anders Crüger-Crecelius, a.a.O. § 30, Anm. 2. Ziff. 3, S. 188, der darauf hinweist, daß durch den Einziehungsbeschluß ein Recht der Gesellschaftsgläubiger entstanden sei, die Nachschlüsse als Befriedigungsobjekt in Anspruch zu nehmen. Von einem solchen Rechte kann man nicht sprechen. Hierin kann kein Grund gesehen werden, um einen Erlaß für unzulässig zu halten. Den Gläubigern ist im Bedarfsfalle zur Wahrung ihrer Rechte die Anfechtungsmöglichkeit nach den Vorschriften des Anfechtungsgesetzes von 1879 bzw. nach der Konkursordnung gegeben. Aehnlich wie Crüger-Crecelius Brodmann, a.a.O. § 30, Anm. 3 a, S. 128.

9) So auch Scholz, a.a.O. § 26, III 2, S. 298; Feine, a.a.O. § 24, II 3, S. 322; Hachenburg, a.a.O. § 26, Anm. 12, S. 449 und Brodmann, a.a.O. § 26, Anm. 2, S. 111 und Anm. 4 a, S. 112 ohne Begründung. (Vgl. seine Stellungnahme § 30, Anm. 3 a, S. 128).

Betroffenen müssen aber auch hier einer derartigen Regelung zustimmen, da sonst das Prinzip der gleichmäßigen Behandlung verletzt werden würde.

§ 14.

Nachschuß- und Sonderleistungspflichten im Erhöhungsbeschluß.

Ist in der Gesellschaftssatzung eine allgemeine Nachschußpflicht mit dem Maßstabe des § 26 für die Einzahlung eingeführt worden, so werden von ihr die nach vollendeter Erhöhung hinzutretenden neuen Mitgliedschaften erfaßt, ohne daß im Erhöhungsbeschluß darüber etwas gesagt zu werden brauchte. Scholz[10] behauptet ohne Begründung, daß die neuen Mitglieder ohne weiteres von einer bereits vor Erhöhung eingeführten Nachschußpflicht betroffen würden und daher eine Erwähnung im Erhöhungsbeschluß überflüssig sei. Bezüglich der Sonderpflichten entscheidet er in diesem Punkte etwas anders. Scholz vergißt a.a.O., daß auch nach seiner Ansicht[11] sich die Einführung einer Nachschußerhebungsmöglichkeit nicht zwingend auf alle Mitglieder erstrecken muß, sondern daß eine solche Möglichkeit auch nur bezüglich einzelner Mitglieder eingeführt werden kann. Aehnlich wie Scholz äußern sich auch Feine[12], a.a.O. und Brodmann[13]. Hachenburg hingegen hält die Uebernahme von Nachschußpflichten bei Erhöhung schlechthin für wirkungslos, wenn davon im Erhöhungsbeschluß nichts erwähnt wird.

Die hier vertretene Ansicht rechtfertigt sich aus folgenden Erwägungen. Der Gesetzgeber wollte an sich, wie sich aus der Fassung des § 26, speziell des Abs. 2, ergibt, den Gesellschaftern hinsichtlich der Nachschußpflicht lediglich zwei Alternativen eröffnen[14]. Ihnen sollte nur die Wahl offen stehen, entweder die Möglichkeit einer Einforderung von Nachschüssen für alle Mitglieder ohne Ausnahme im Gesellschaftsvertrag statuieren zu können, oder andernfalls völlig auf Einführung einer Nachschußpflicht verzichten zu müssen. Eine einmal eingeführte Nachschußpflicht sollte kraft Gesetzes alle, sowohl

10) Scholz, a.a.O. § 55, III, 6 Abs. 1, S. 558.
11) Vgl. Scholz, a.a.O. § 26, III, 2, S. 298.
12) Feine, a.a.O. § 45, II, 1, S. 604, Abs. 2.
13) Brodmann, a.a.O. § 55, Anm. 3 b S. 221.
14) Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 75 ff.

die gegenwärtigen als auch die zukünftigen Mitglieder, ergreifen. Denn das Prinzip der allgemeinen Nachschußpflicht würde ja dann durchbrochen werden, wenn die zukünftigen, durch Stammkapitalserhöhung entstehenden Mitgliedschaften nicht der gleichen Nachschußpflicht wie die alten Mitgliedschaften unterliegen würden. Der Gesetzgeber hat nun allerdings übersehen, daß er durch die Regelung, welche er den zwar eingeforderten, aber noch nicht eingezahlten Nachschüssen allgemein und speziell in § 30, Abs. 2, zuteil werden ließ, schließlich doch die dritte Alternative eröffnete, eine GmbH. zu schaffen, bei welcher Nachschußzahlungen lediglich für einzelne Gesellschafter vorgesehen werden können. Dies wurde erst später von der Wissenschaft erkannt. Der Zwang für die Gesellschafter, bei Einführung einer Nachschußerhebungsmöglichkeit im Statut diese Möglichkeit in bezug auf alle gegenwärtigen und zukünftigen Mitgliedschaften statuieren zu müssen, wie er durch § 26 geschaffen werden sollte, besteht also in Wirklichkeit nicht. Durch § 26 sollte aber gleichzeitig der Natur der Sache nach den Gesellschaftern die Befugnis verliehen werden, durch Einführung der allgemeinen, gleichheitlichen[15] Nachschußerhebungsmöglichkeit eine die Natur der Gesellschaft bestimmende Organisationsnorm zu schaffen, kraft deren auch die durch Stammkapitalserhöhung hinzutretenden Mitgliedschaften ipso iure von der Nachschußpflicht ergriffen werden. Diese Befugnis wird aber selbstverständlich dadurch nicht beseitigt, daß sich aus dem GmbH.-Gesetz schließlich doch die Zulässigkeit der Abweichung von dem Prinzip der allgemeinen, gleichheitlichen Nachschußerhebungen auf einem nach Schaffung des Gesetzes entdeckten Umwege ergeben hat. Dadurch ist nur der Zwang, nicht aber die Befugnis beseitigt worden. Aus § 26 ist also zu entnehmen, daß eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrage, durch welche erst einmal für alle Mitglieder eine Nachschußpflicht mit dem Erhebungsmaßstab des § 26, Abs. 2 eingeführt wird, die Natur einer allgemeingültigen Organisationsnorm hat, von der ohne weiteres auch jede neue Mitgliedschaft ergriffen wird.

War also im Augenblick, in dem die Gesellschafter zur Beschlußfassung über eine Stammkapitalserhöhung zusammentreten, bereits eine solche Organisationsnorm in die Satzung eingeführt worden, so brauchen sie über das Thema „Nach-

15) Nach dem Maßstab des § 26, Abs. 2.

schußpflichten der neuen Mitgliedschaften" nichts zu beschließen, wenn sie nicht gerade wollen, daß die neuen Mitglieder überhaupt nicht oder nach einem anderen Maßstabe mit Nachschußpflichten belastet sein sollen. Wollen die Gesellschafter, daß eine solche, von ihnen eingeführte allgemeine Nachschußpflicht sich auf die durch Stammkapitalserhöhung hinzukommenden Mitgliedschaften nicht erstrecken soll, so müssen sie entsprechende Klauseln entweder schon bei Einführung der Nachschußerhebungsmöglichkeit oder später, unter Umständen erst im Erhöhungsbeschluß, hinzufügen. Solche Klauseln sind als Satzungsänderungen zu betrachten und zu behandeln.

Ist eine allgemeine Nachschußpflicht nach Maßgabe des § 26 eingeführt worden und wird im Erhöhungsbeschluß ausdrücklich nur für einzelne neue Mitgliedschaften Nachschußerhebungsmöglichkeit, oder für alle neuen Mitgliedschaften eine solche nach einem anderen Maßstabe als dem des § 26, Abs. 2, vorgesehen, so liegt hierin die oben erwähnte Satzungsänderung. Sie nimmt der bereits bestehenden Bestimmung über die allgemeine Nachschußerhebungsmöglichkeit die Kraft, die neuen Mitgliedschaften zu ergreifen. Auch liegt gleichzeitig darin die erforderliche Beschlußfassung über die Begründung von Nachschußpflichten für die neuen Mitgliedschaften.

Ist im Augenblick der Beschlußfassung über die Erhöhung überhaupt keine Nachschußpflicht oder nur eine solche für einzelne Mitglieder vorgesehen, so können mit Wirkung für den Zeitpunkt der Eintragung der Erhöhung Nachschußpflichten für den einzelnen Uebernehmer einer Stammeinlage nur durch Festsetzung der Person des Verpflichteten und der Art seiner Nachschußpflicht[16] im Erhöhungsbeschluß wirksam begründet werden. Nach § 26 kann eine Nachschußerhebungsmöglichkeit nur durch Festsetzung im Gesellschaftsvertrage, also durch Beschluß nach § 53 und Eintragung des Beschlusses (§ 54) begründet werden.

Das Gegenteil von dem, was für die Behandlung der Nachschußpflichten im Erhöhungsbeschluß ausgeführt wurde, gilt hinsichtlich der Sonderleistungspflichten. Sollen den Uebernehmern von Stammeinlagen Sonderleistungspflichten auferlegt werden, so müssen in jedem Falle darüber entsprechende

16) Beschränkte oder unbeschränkte.

Festsetzungen im Erhöhungsbeschluß getroffen werden[17]. Es bleibt gleichgültig, ob bereits den alten Gesellschaftern vor Beschlußfassung über die Erhöhung allgemein und gleichmäßig Sonderleistungspflichten gemäß § 3, Abs. 2, im Erhöhungsbeschluß auferlegt worden sind[18]. Im Gegensatz zu § 26 wird in § 3, Abs. 2, von vornherein vorgesehen, daß sowohl einzelnen, als auch allen Gesellschaftern Sonderleistungspflichten auferlegt werden können. Ist eine allgemeine gleichmäßige Sonderleistungspflicht in den Gesellschaftsvertrag eingeführt worden, so bezieht sich dies nur auf die zur Zeit des Beschlusses der Gesellschaft angehörenden Mitglieder. Anders als bei der Nachschußpflicht kann hier nicht durch Einführung einer allgemeinen und gleichen Sonderleistungspflicht ein die Natur der GmbH. bestimmendes Prinzip geschaffen werden, dessen Einführung ohne weiteres auch die Erfassung der durch Stammkapitalserhöhung hinzutretenden neuen Mitgliedschaften von Sonderleistungspflichten zur Folge hätte. Werden allen Gesellschaftern nach einem gleichmäßigen Maßstab Sonderleistungspflichten auferlegt, so ist dies einfach eine zulässige Abkürzung der sonst erforderlichen Einzelaufzählungen und hat für die Ausgestaltung der durch Stammkapitalserhöhung hinzutretenden neuen Mitgliedschaften nach der Pflichtenseite hin keine Bedeutung.

Die Begründung einer Nachschußerhebungsmöglichkeit und die Einforderung von Nachschüssen wird in der Praxis oft in ein und demselben Beschluß vorgenommen. Die Einforderung wird dann aber erst mit Eintragung der beschlossenen Nachschußerhebungsmöglichkeit in das Handelsregister wirksam. Für den Erhöhungsbeschluß ist eine solche Verbindung der Begründung der Möglichkeit von Nachschußerhebungen von allen oder einzelnen Uebernehmern mit gleichzeitiger Einforderung von Nachschüssen von den Uebernehmern nicht für zulässig zu halten. Die von der Nachschußerhebungsmöglichkeit Betroffenen müssen imstande sein, über die Einforderung mitzubeschließen. Dazu sind sie aber erst

17) So auch Liebmann-Saenger, a.a.O. § 56, I S. 292 und Hachenburg, a.a.O § 37, Anm. 16, S. 251.

18) A.A. Scholz, a.a.O. § 55, III, 6, Abs. 3, S. 558 und anscheinend auch Brodmann, a.a.O. § 55, Anm. 3 b, S. 221, wo er die neuen Gesellschafter auch auf Grund einer Bestimmung im ursprünglichen Statut über Einführung von Sonderleistungspflichten zu Sonderleistungen verpflichtet hält. Er kann hier der Natur der Sache nach nur an solche Pflichten denken, die allen alten Gesellschaftern gleichmäßig auferlegt worden sind. Aehnlich Feine, a.a.O. § 45, II, 1, S. 604.

mit Eintragung der Erhöhung fähig. Vorher ist zwar das Entstehen eines nichtrechtsfähigen Vereins mit dem Zwecke der Herbeiführung der Erhöhung auf Grund von Erhöhungsbeschluß und Uebernahmeerklärungen anzunehmen, dessen Mitglieder die Uebernehmer durch Uebernahmeerklärung werden. Doch sind die Befugnisse der Mitglieder dieses Vereins durch den Vereinszweck eng begrenzt. Eine Einforderung von Nachschüssen geht über diesen Zweck hinaus[19]. Die Einforderung ist weder zur Herbeiführung der Erhöhung nötig, noch hängt sie mit der durch die Erhöhung erforderlichen Regelung der grundsätzlichen Rechte und Pflichten der Uebernehmer in der GmbH. zusammen. Es kann darüber also nicht gültig Beschluß gefaßt werden.

5. Abschnitt.

Anfechtung der Stimmabgaben bei Beschlußfassung über die Erhöhung und Anfechtung des Beschlusses durch Anfechtungsklage.

Der Erhöhungsbeschluß ist eine rechtsgeschäftliche[1] Willenserklärung der GmbH. Grundsätzlich sind nun Willenserklärungen nach §§ 119, 123 BGB. wegen Irrtums Täuschung und Drohung mit der Wirkung anfechtbar, daß sie rechtlich nach erklärter Anfechtung nicht mehr vorhanden sind. Irrige Vorstellungen und Furchtgefühle, die psychischen Voraussetzungen in der Person des Anfechtungsberechtigten, sind nun schlechterdings nur bei natürlichen, nicht bei juristischen Personen denkbar. Auch dann, wenn jeder einzelne bei einer Beschlußfassung mitstimmende Gesellschafter in demselben Irrtum befangen oder von demselben Furchtgefühl ergriffen wie seine Mitgesellschafter seine Stimme abgegeben hat, kann nicht davon gesprochen werden, daß die juristische Person sich geirrt oder Furcht gehabt habe. Auf die geistige Verfassung aller mitstimmenden Gesellschafter kann es deshab nicht ankommen, weil kraft Gesetzes der Wille der Gesellschaft durch die im Einzelfalle gemäß Gesetz oder Satzung vorge-

19) Vgl. RGZ. 58, S. 56. Anscheinend dagegen Müller-Erzbach, a.a.O. Kap. 65, XIII, S. 337.

1) So auch Ruth, a.a.O. S. 480. Vgl. auch S. 21.

schriebene Mehrheit der bejahend Abstimmenden bestimmt wird. Aber auch auf eine gleichheitlich vorhandene innere Einstellung bei allen für den Beschlußgegenstand Stimmenden kann hier nicht abgestellt werden. Denn wenn mehr Gesellschafter, als zur Erreichung der im Einzelfalle erforderlichen Mehrheit nötig sind, für den Beschlußgegenstand gestimmt haben, so kommt es auf den überschießenden Teil nicht an. Welcher Gesellschafter im einzelnen zu dem überschießenden Teil oder, von einem anderen Blickpunkt aus betrachtet, zu der Mehrheit gehört, läßt sich aber der Natur der Sache nach nicht bestimmen. Wesentlich ist daher lediglich für die Gültigkeit des Beschlusses, ob trotz Anfechtung der Stimmabgabe von Seiten zustimmender Gesellschafter noch die zur Erreichung der Mehrheit erforderliche Stimmenzahl gültiger[2], unangefochtener Stimmabgaben vorhanden ist. Es ist also auch nicht erforderlich, daß bei Anfechtung mehrerer Stimmabgaben der Anfechtungsgrund der gleiche ist.

Feine lehnt nun[3] bei proklamierten Körperschaftsbeschlüsssen die Anfechtungsmöglichkeit einer Stimmabgabe grundsätzlich ab und begründet dies erstens damit, daß Furchtgefühle und irrtümliche Vorstellungen bei Körperschaften nicht denkbar seien und zweitens damit, daß die Stimmabgabe eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung und daher nach den in § 143 BGB. niedergelegten Grundsätzen nicht anfechtbar sei. Allgemein ergebe sich überhaupt für Gesellschaftsbeschlüsse aus ihrer sozialrechtlichen Natur, daß die Willenserklärungen, die den Körperschaftsbeschluß haben bilden helfen, nicht nachträglich auf ihre innere Beschaffenheit untersucht werden dürften. Diese seien vielmehr in dem verlautbarten einheitlichen Gesamtwillen der Körperschaft untergegangen. Der einmal zum Ausdruck gekommene Gesamtwille lasse sich nicht mehr in seine Bestandteile zerlegen. Das gleiche führt Ruth, auf dem Feine im wesentlichen fußt, a.a.O.S.525/526 aus, allerdings auf S. 482/483 mit der Beschränkung auf solche Beschlüsse, welche die Erzeugung oder Umgestaltung einer Körperschaft bezwecken. Hierunter fällt aber auch der Erhöhungsbeschluß.

Schon im Falle des Stimmverbots nach § 47, Abs. 4, wird jedoch im GmbH.-Gesetz stillschweigend die Zulässigkeit der

2) Also nicht von Geisteskranken, Vollmachtlosen oder Minderjährigen ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters abgegebene Stimmen.
3) A.a.O. § 38, I, 3/4, S. 517/8.

Zerlegung von Gesellschafterbeschlüssen in ihre einzelnen Bestandteile vorausgesetzt. Nach überwiegender Ansicht ist in einem solchen Falle, wenn die betreffende Stimme für die Annahme des Beschlusses ausschlaggebend war, die Anfechtungsklage gegen den Beschluß gegeben[4]. Unzweifelhaft wird doch hier die Gültigkeit des Beschlusses, mag er auch bereits proklamiert sein, von der Gültigkeit seiner einzelnen Bestandteile abhängig gemacht und diese, die Willenserklärungen der Gesellschafter, auf ihre innere Beschaffenheit hin untersucht. Denn der innere Grund, welcher den Gesetzgeber zum Erlaß eines Stimmverbots veranlaßt hat, war, daß er in diesen Fällen fürchtete, daß die Entschlußbildung der betreffenden Gesellschafter wesentlich von selbstsüchtigen Ueberlegungen beeinflußt werden würde. Das GmbH.-Recht kennt also den von Feine aufgestellten Grundsatz nicht. Wenigstens läßt er sich keinesfalls zwingend aus der Gesamtheit der die GmbH. ordnenden Rechtsregeln entnehmen. Ein derartig von den allgemeinen Rechtsgedanken abweichender Grundsatz hätte ausdrücklich ausgesprochen werden müssen. Der Gesellschaftswille wird doch tatsächlich nun einmal durch eine im Gesetz für den Einzelfall bestimmte Mehrheit von Einzelwillenserklärungen der Gesellschafter gebildet, und es läßt sich nicht einsehen, wieso ein ordnungsmäßiger Gesellschaftswille vorhanden sein soll, wenn die Einzelerklärungen an sich nach geltendem Recht ungültig gemacht werden können und von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht wird. Auch aus dem Umstand, daß bei juristischen Personen Furchtgefühle, bestimmte Vorstellungen und innere Vorbehalte nicht denkbar sind, läßt sich für die Frage, ob die Einzelwillenserklärungen anfechtbar sind, nichts gewinnen. Hieraus folgt lediglich, daß die Gesellschaft ihre Willensäußerung, den Beschluß, nicht anfechten kann, aber nicht mehr. Was schließlich die Frage der Empfangsbedürftigkeit der einzelnen Stimmabgaben anbetrifft, so wird bei der Theorie von Feine und Ruth nicht ausreichend gewürdigt, daß die Einzelstimmen sich an einer Sammelstelle, nämlich bei dem die Versammlung[5] leitenden

4) Vgl. Feine, a.a.O. S. 528, § 38, VI, 1; Hachenburg, a.a.O. § 47, Anm. 2b, S. 162; Scholz, a.a.O. § 47, V i. Vbdg. mit IV, 6 S. 487; Liebmann-Saenger, a.a.O. § 45, 2 S. 239; RGZ. 89, S. 382. A.A. wohl Crüger-Crecelius, a.a.O. § 47, Anm. 4, Abs. 2, S. 254, der Ungültigkeit des Beschlusses anzunehmen scheint.

5) Schriftl. Abstimmung nach § 48, Abs. 2 ist bei satzungsändernden Beschlüssen, insbesondere also bei dem Erhöhungsbeschluß ausgeschlossen. Vgl. Scholz, a.a.O. § 48, II, 3, S. 494; § 53, II, 2 Abs. 2, S. 530; § 55, II, 2, S. 549; Feine, a.a.O. § 44, III, S. 598; Hachenburg, a.a.O. § 53, Anm. 10, S. 217, Crüger-Crecelius, a.a.O. § 53, 2 S. 271.

Geschäftsführer[6] vereinigen, sich doch schließlich irgendwo vereinigen müssen, damit ein Beschluß zustande kommt. Ein Vertrag liegt hier rechtlich zwar nicht vor. Gegenseitige rechtliche Bindungen sollen hier nicht geschaffen werden. Warum man aber den Brennpunkt, in welchem sich die Stimmen vereinigen, wenigstens nicht insoweit als Empfangsort, und somit den Geschäftsführer oder sonstigen Versammlungsleiter als Empfangsbevollmächtigten der außer dem Abstimmenden anwesenden Gesellschafter ansehen kann, daß man daraus in analoger Anwendung des § 143, Abs. 3, S. 1 BGB. eine Anfechtungsmöglichkeit der Stimmabgabe herleiten könnte, ist nicht recht einzusehen[7]. Für den Erhöhungsbeschluß speziell ergibt sich die Besonderheit, daß auf Grund der Beschlußfassung in Gemeinschaft mit den Uebernahmeerklärungen die Geschäftsführer gemäß § 78 in die Lage versetzt werden, die Erhöhung zu vollziehen, und somit empfindlich in die Rechtssphäre der Gesellschafter einzugreifen. Ob man diese den Geschäftsführern gegebene Möglichkeit mit Moos[8] als Ermächtigung im Rechtssinne bezeichnen kann, ist insofern zweifelhaft, als der Wille der Gesellschafter wohl nicht auf einen solchen Erfolg gerichtet ist. Doch ist in dieser Richtung die Möglichkeit eines Analogieschlusses auch zur Vorschrift des § 143, Abs. 4, S. 1 BGB. gegeben, sodaß auch unter diesem Gesichtspunkt ein Anfechtungsgegner, den Ruth und Feine vermissen, vorhanden ist. Nach alledem ist die Anfechtungsmöglichkeit einer Stimmabgabe bei Beschlußfassung, insbesondere wenn der Beschluß Satzungsänderungen zum Gegenstand hat, zu bejahen.

Speziell für die Stammkapitalserhöhung wird aber unter Berufung auf deren besondere Rechtsnatur allgemein Unanfechtbarkeit der Stimmabgaben bei Beschlußfassung über die Erhöhung[9] und Unanfechtbarkeit der Zulassung der Uebernehmer[10] die ja nach allgemeiner Ansicht nicht immer durch

6) Die Versammlungsleitung gehört zum Aufgabenkreis der Geschäftsführer. So auch Hachenburg, a.a.O. § 49, Anm. 1, S. 168.

7) Vgl. Feine, a.a.O. § 38, I, 4, S. 518.

8) Moos, a.a.O. S. 506/507.

9) Ruth und Feine sagen dies unmittelbar. Im übrigen behandeln Wissenschaft und Praxis meist nur die Unanfechtbarkeit der Beitrittserklärungen bei der Gründung. Die dort angeführten Gründe treffen aber auch für die Erhöhung zu. Vgl. Brodmann, a.a.O. § 2, Anm. 6 c und e S. 15 für die Erhöhung und auch Liebmann-Saenger, a.a.O. § 5, A. 13, S. 55; RGZ. 82, S. 377 ff.

10) Feine, a.a.O. § 11, III, 4, S 179 ist bei der Gründung der GmbH. schlechthin für Unanfechtbarkeit (vgl. S. 611 § 45, V). Hachenburg, a.a.O. § 2 Anm. 37, S. 118; Liebmann-Saenger, a.a.O. § 2, Anm. 12 c, S. 31 für die Gründung für Unanfechtbarkeit nach Eintragung.

die Gesellschafter im Erhöhungsbeschluß erfolgen muß, angenommen. Hierin ist man sich, allerdings unter verschiedenartigster Begründung, einig. Zum Teil[11] wird die Ansicht vertreten, daß die Unanfechtbarkeit erst nach Eintragung der Stammkapitalserhöhung gegeben sei. Die meisten nehmen jedoch schlechthin Unanfechtbarkeit an. Es finden sich aber noch insofern Differenzen, als zwar einige eine Anfechtung vor Eintragung zulassen, sie aber für unwirksam halten, wenn es nicht gelingt, die Eintragung (etwa durch einstweilige Verfügung) zu verhindern[12]. Im allgemeinen wird die Unanfechtbarkeit damit begründet, daß die zur Erhöhung notwendigen Willenserklärungen — sei es seitens der GmbH., sei es seitens der Neueingetretenen — an die Oeffentlichkeit gerichtet seien. Mit Rücksicht auf das schutzwürdige Vertrauen der Gläubiger auf die durch das Handelregister ausgewiesene Haftungsgrundlage der GmbH. sei eine Anfechtung auszuschließen[13]. In RGZ. 82, S. 379, wird hieraus sogar herzuleiten versucht, daß auch schon vor der Eintragung Unanfechtbarkeit bestände. Hier würde ein Vertrauen geschützt werden, das mangels Eintragung bei der Oeffentlichkeit, — insbesondere bei solchen Personen, die nach Stammkapitalserhöhung Gläubiger der GmbH. werden, — noch gar nicht erweckt sein kann. Feine[14] weist mit Recht darauf hin, daß dieser Grundsatz letzten Endes zum öffentlichen Glauben des Handelsregisters führen müsse, und so das Handelsregister entgegen der Vorschrift des § 15 HGB. dem Grundbuch im entscheidenden Punkte angeglichen würde. Er fragt ferner mit Recht, warum man dann beim Handelsregister haltmache und nicht auch für die anderen bestehenden Register ein Gleiches behaupten will. Hachenburg[15] weist ferner darauf hin, daß die in den fraglichen Erklärungen gesehene Richtung an die All-

11) So OLG. Stuttgart im Recht, 1912, Nr. 1843; OLG. Rspr. 10, S. 245; Hachenburg, a.a.O. § 45, Anm. 9 a, S. 108 i. Vbdg. m. § 2, Anm. 34; Brodmann, a.a.O. § 2, Anm. 2 S. 209; Liebmann-Saenger, a.a.O. § 2, Anm. 12 c, S. 30; Moos, a.a.O. S. 506 ff.; Merzbacher-Krakenberger, a.a.O. § 55 Ziff. 3, i. Vbdg. m. § 2 Ziff. 5, Scholz, a.a.O. § 45 IV, 2 b, S. 451 i. Vbdg. m. § 3, V, S. 80.

12) S. RGZ. 82, S. 380; Liebmann-Saenger, a.a.O. § 2, Anm. 12 c, S. 30; Brodmann, a.a.O. § 2, Anm 2, S. 209; Scholz, a.a.O. § 3, V, 3 b, S. 82. Dagegen Hachenburg, a.a.O. § 45, Anm. 9 a, S. 107 i. Vbdg. m. § 2, Anm. 34 und Moos, a.a.O. S. 506 ff.

13) So Crüger-Crecelius, a.a.O. § 55, Anm. 2, S. 281, i. Vbdg. m. § 2, Anm. 2, S. 90; Merzbacher-Krakenberger, a.a.O. § 55, Anm. 3, S. 346 und § 2, Anm. 5, S. 21; Liebmann-Saenger, a.a.O. § 2, Anm. 12 c, S. 30; RGZ. 82, S. 378 ff.; Brodmann, a.a.O. § 2, Anm. 6 b, S. 14 und 6 e, S. 15 und Scholz, a.a.O. § 3, V, 3, S. 81/82.

14) Feine, a.a.O. § 11, III, 4, S. 176.

15) Hachenburg, a.a.O. § 2, Anm. 34, S. 115.

gemeinheit nur eine Fiktion sei, die nie als eine Begründung gelten könne, aus der weitergehende Folgen gezogen werden dürften. Diese Fiktion könne höchstens zur Erläuterung für eine Gesetzesbestimmung, welche die behauptete Unanfechtbarkeit der Stimmabgaben usw. bereits vorschreibt, dienen Neukamp[16] beruft sich für die Frage der Unanfechtbarkeit auf die originäre Erwerbsart, auf welche die Mitglieder ihre Geschäftsanteile bei Gründung und Stammkapitalserhöhung erlangen, und welche im Gegensatz zu der derevativen Erwerbsart bei Kauf eines Geschäftsanteils stehe. Hieraus würde sich höchstens nur eine Unanfechtbarkeit nach Eintragung der Stammkapitalserhöhung ergeben. Warum aber bei Erklärungen, auf Grund deren originär Rechte erworben werden, schlechthin eine Anfechtung ausgeschlossen sein solle, ist nicht einzusehen. Insbesondere kann man daraus nicht die Unanfechtbarkeit der Stimmabgaben der einzelnen Gesellschafter bei Beschlußfassung herleiten, da es hier nicht wie bei anderen originären Erwerbsgeschäften, wie z. B. bei der Aneignung nach § 958 BGB., an einem Anfechtungsgegner fehlt[17]. Dasselbe gilt für die Uebernahmeerklärung, die doch bei der Stammkapitalserhöhung, wenn man nicht stark konstruktiv werden und so von der Wirklichkeit abweichen will, unzweifelhaft der GmbH. gegenüber abgegeben wird. Moses[18] begründet die Unanfechtbarkeit für die Gründung mit dem Hinweis, daß die dort abgegebene Willenserklärung des Beitretenden auf die Schaffung eines Rechtssubjekts abziele. Damit sagt er im wesentlichen dasselbe wie Neukamp. M. E. wird durch § 75, der schlechthin auf die Kapitalserhöhung anzuwenden ist, die Anfechtung des Erhöhungsbeschlusses einschließlich der in ihm enthaltenen Zulassungen der Uebernehmer von Stammeinlagen und die Anfechtung der Beitrittserklärungen ausgeschlossen. Die Gültigkeit der Erhöhung wird dort von der rechtlichen Beschaffenheit der Gesellschaftsvertragsbestimmungen über Stammkapital und Stammeinlagen im Zeitpunkt der Eintragung und damit des Wirksamwerdens der Erhöhung abhängig gemacht. Sind also die Bestimmungen über das Stammkapital und die Stammeinlagen zur Zeit der Eintragung nur anfecht-

16) Neukamp, a.a.O., Bd. 57, S. 34/35.
17) Vgl. die Ausführungen auf S. 84/85.
18) Moses, a.a.O., Bd. 53, S. 399 f.

bar, aber nicht angefochten, also schwebend wirksam, so ist die eingetragene Erhöhung ein für alle Mal gültig, und somit auch der Erhöhungsbeschluß, soweit er sich mit der Stammkapitalsziffer und den neuen Stammeinlageverpflichtungen befaßt, unanfechtbar. Aber nicht nur die Stimmabgaben bei Beschlußfassung über die Erhöhung sind unanfechtbar. Auch eine gegen den Bestand des Erhöhungsbeschlusses gerichtete Anfechtungsklage ist nach Eintragung der Erhöhung ausgeschlossen, wenn durch sie der Erhöhungsbeschluß, soweit er sich mit der Stammkapitalsziffer und den neuen Stammeinlageverpflichtungen befaßt, angegriffen werden soll. Soweit sich aber der Erhöhungsbeschluß mit anderen Angelegenheiten befaßt, bleibt jedoch eine Anfechtungsklage zulässig. Das gleiche gilt für die Anfechtbarkeit der einzelnen Abstimmungserklärungen. Jedoch ergreift die durch eine solche Anfechtung oder Anfechtungsklage bewirkte Teilnichtigkeit des Erhöhungsbeschlusses wegen § 75 auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 139 BGB. nicht den ganzen Erhöhungsbeschluß. Die Erhöhung bleibt also gültig[19]. Eigenartigerweise wird allgemein im Gegensatz zu der hier dargelegten Auffassung sogar auch noch nach der Eintragung der Erhöhung[20] eine Anfechtungsklage mit der Wirkung für zulässig gehalten, daß dadurch nach § 139 BGB. Nichtigkeit des Erhöhungsbeschlusses in vollem Umfange eintritt, obwohl eine Anfechtung der Beitrittserklärungen und der Zulassung mit Rücksicht auf die GmbH.-Gläubiger allgemein für unzulässig erklärt wird. Nur Liebmann-Saenger[21] schließt nach der Eintragung bei Beschlüssen, welche die Kreditbasis der GmbH. berühren, die Anfechtungsklage aus, weil dadurch die Gläubiger geschädigt würden.

19) A.A. Hachenburg, a.a.O. § 57, Anm. 16, S. 251.
20) So z. B. Hachenburg, a.a.O. § 57, Anm. 15, S. 251; RGZ. 85 S. 312 ff.; Scholz, a.a.O. § 57, VII, 1, S. 571/72.
21) Liebmann-Saenger, a.a.O. § 45, Anm. 5, S. 242.

Lebenslauf.

Am 3. Dezember 1905 wurde ich als ohn des Nutzholzhändlers Wilhelm Kersten und seiner Ehefrau Minna geb. Reußner in Neukölln geboren. Dort besuchte ich zunächst die Vorschule des Kaiser-Friedrich-Realgymnasiums drei Jahre und ging dann zur Albrecht-Dürer-Oberrealschule am selben Ort über. Diese verließ ich Ostern 1924 nach bestandener Reifeprüfung. Dann studierte ich die Rechts- und Staatswissenschaften; zunächst ein Semester in Tübingen, dann drei Semester in Berlin, schließlich wieder ein Semester in Tübingen und die restlichen drei Semester in Berlin. Darauf meldete ich mich zum Examen und bestand am 1. August 1928 vor dem juristischen Prüfungsausschuß des Kammergerichts in Berlin die erste juristische Staatsprüfung. Seit Oktober 1930 bin ich als Referendar im Kammergerichtsbezirk tätig und befinde mich z. Zt. in dem letzten Ausbildungsstadium beim Rechtsanwalt. Die mündliche Prüfung zur Erlangung der juristischen Doktorwürde bestand ich an der Universität Tübingen am 27. Juni 1931.